

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

do Processo Civil Contemporâneo

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO LUIZ FUX

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

JOÃO FERREIRA BRAGA

*Lilian Rose Lemos Rocha
João Ferreira Braga*

CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO
PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

*ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO
LUIZ FUX*

Autores:

Luciana Ramos Castilho Lavoyer
Iago Farias Lora
Kátia Siqueira
Gabriel Borges
Jacqueline Raffoul
Nelson Gonçalves Cardoso Filho
Lilian Rose Lemos Rocha
João Ferreira Braga
Geraldo Santana Xavier Nunes Neto
Luciana Ramos Castilho Lavoyer
Marcela Carvalho Bocayuva
Sarah Machado Luz
Ana Carolina Tingo de Lima

**Brasília
2017**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Rocha Lemos

Projeto gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: aspectos constitucionais do processo civil contemporâneo: estudos em homenagem ao Miniistro Luiz Fux / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha; Luciano Ferreira Braga. – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2017.

242 p. : il.

ISBN 978-85-61990-71-8

1.Direito processual civil I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 347.9

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

PREFÁCIO	04
APRESENTAÇÃO	05
O PROCESSO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: A MONTAGEM DE UM QUEBRA-ACABEÇAS	08
<i>LUCIANA RAMOS CASTILHO LAVOYER</i>	
AS FACES DA RAZOABILIDADE	34
<i>IAGO FARIA LORA</i>	
CONCILIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL: MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS JUDICIAIS	49
<i>KÁTIA SIQUEIRA</i>	
LICÕES DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL SOBRE A COISA JULGADA E A SENTENÇA	96
<i>GABRIEL BORGES; JACQUELINE RAFFOUL; NELSON GONÇALVES CARDOS FILHO</i>	
MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E RECORRIBILIDADE PRORROGADA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU:	136
<i>LILIAN ROSE LEMOS ROCHA; JOÃO FERREIRA BRAGA</i>	
RECURSO NAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS E SUA RELAÇÃO COM AS PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	160
<i>GERALDO SANTANA XAVIER NUNES NETO; LUCIANA RAMOS CASTILHO LAVOYER; MARCELA CARVALHO BOCAYUVA</i>	
AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO: A AÇÃO RESCISÓRIA, O HABEAS CORPUS, O MANDADO DE SEGURANÇA E A RECLAMAÇÃO NO ÂMBITO DO STF	192
<i>SARAH MACHADO LUZ</i>	
CONTROLE OBJETIVO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF: EVOLUÇÃO SOBRE A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS, A PARTIR DA SUPERVENIÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	216
<i>ANA CAROLINA TINGO DE LIMA</i>	

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de *ebook*.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

APRESENTAÇÃO

É-me prazeroso o ato de apresentar à comunidade jurídica e às áreas correlatas do saber humano produção literária em condomínial homenagem ao Ministro Luiz Fux, com ensaios que partem de percepções acadêmicas já conquistadas e chegam a visões científicas genuinamente postas para o futuro, os quais, reunidos neste instrumento, buscam colaborar com a redefinição e transformação dos horizontes do Processo Civil brasileiro.

Os trabalhos assinalam cuidadosamente influências do modelo constitucional de processo no âmbito da hermenêutica e do pragmatismo do Direito Processual Civil, propondo reflexões pontuais a respeito de um novo processo, que atenda às peculiaridades de um Estado Democrático e pelo qual se preservem os primados da igualdade e do contraditório influente.

Em sua abertura, esta obra traz registros a respeito do Processo Constitucional e suas relações com institutos fundamentais concernentes ao tema. Tais registros assinalam o processo como instrumento concretizador de direitos fundamentais e revelador dos fins do Estado Constitucional, com especial destaque à participação/cooperação, ao acesso à Justiça e à duração razoável do processo.

Contributo dedicado à Conciliação também integra a primeira parte deste trabalho. No respectivo artigo, destaca-se a necessidade de implantação da cultura não adversarial e da responsabilidade social em torno dos conflitos. Analisam-se os fundamentos sociais, políticos e jurídicos da Conciliação, assim como as suas influências sobre o processo judicial, buscando afirmar o paradigma da participação popular direta na administração da Justiça.

Esta coletânea abriga, ainda, estudos em torno da coisa julgada e da sentença segundo a óptica constitucional e processual civil, bem como da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no que se prende à Teoria dos Motivos Determinantes, que se encontra atualmente em formação.

A segunda parte desta homenagem é inaugurada com texto formulado pelos Professores Lilian Lemos Rocha e João Ferreira Braga, que repartem com o público reflexões dirigidas às novas técnicas de impugnação das interlocutórias de primeiro grau e confrontos com o princípio do contraditório influente. Questionam os autores a preponderância das interlocutórias não agraváveis sobre os atos processuais subsequentes e, nessa extensão, os níveis de participação e colaboração processual do magistrado e das partes.

Aludida parte da obra ocupa-se, outrossim, de ponderações a respeito das particularidades dos recursos no âmbito das ações constitucionais. No caso, são enfatizadas as diferenças de técnicas processuais em relação às adotadas nas ações comuns e a importância pragmática desse conhecimento.

Ultimando o presente tributo, estudam-se, em artigos específicos, as ações constitucionais e a jurisprudência formada pelo Supremo Tribunal Federal em torno da própria temática, assim também das formas de intervenção de terceiros nos domínios das ações de controle objetivo e abstrato de constitucionalidade. Propõe-se, a partir de tais premissas, uma rediscussão acerca dos sujeitos processuais no campo das referidas ações.

Pois bem.

É de se notar que a presente obra foi concebida dentro de uma atmosfera republicana e de uma axiologia constitucional – o que permite inferir tratar-se de um verdadeiro ato de homenagem ao Ministro Luiz Fux e à sua valiosa contribuição à Ciência Processual.

Aos colaboradores deste trabalho, por celebrarem estudos e reflexões com a sociedade brasileira e permitirem o esteio de sua perenidade, absolutos agradecimentos.

João Ferreira Braga

O PROCESSO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: A MONTAGEM DE UM QUEBRA-CABEÇAS

Luciana Ramos Castilho Lavoyer¹

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar que o processo também deve ser visto como um direito fundamental, uma vez que passa a ser visto como instrumento garantidor e concretizador de direitos fundamentais. Assim, é indiscutível que jurisdição, por constituir manifestação do poder estatal, deve revelar os fins do Estado Constitucional. Portanto, se a jurisdição atua por meio do processo, não há como negar a importância dos fins do processo. O Processo não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à legitimidade da decisão. O processo deve produzir decisões legítimas, adequadas aos direitos fundamentais. O processo passa a ser visto em uma dimensão externa, de atuação dos fins do Estado². Nesse contexto, será demonstrado que o processo é um direito fundamental, com as características da doutrina para sua concepção como tal. O processo seria como um quebra-cabeça e que suas peças seriam a participação/cooperação, acesso à justiça e duração razoável do processo, todos previstos na Constituição de 1988, que montados propiciam a prolação de uma decisão justa. Por fim, para que essa visão seja externada é preciso que o jurista exerça sua função de uma forma harmoniosa, conjugando a dogmática e pragmática jurídica para observar as normas e ter como reflexão os resultados de sua decisão no caso concreto.

Palavra-chave: Processo Civil. Direito fundamental. Mudança de visão. Ponte entre dogmática e pragmática jurídica.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that the process should also be seen as a fundamental right, once it is seen as a guarantor and concretizing of fundamental rights. Thus, it is indisputable that jurisdiction, as a manifestation of state power, must reveal the ends of the Constitutional State. Therefore, if the jurisdiction acts through the process, there is no denying the importance of the ends of the process. The Process can not be alien to its product, that is, to the legitimacy of the decision. The process must produce legitimate decisions,

¹ Mestranda em Direito e Políticas Públicas do Uniceub. Servidora Pública do Superior Tribunal de Justiça, e-mail: lavoyerl@yahoo.com.

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 459-461.

appropriate to fundamental rights. The process begins to be seen in an external dimension, of action of the ends of the State. In this context, it will be demonstrate that the process is a fundamental right, with the characteristics of the doctrine for its design as such. The process would be like a puzzle and its parts would be participation / cooperation, access to justice and reasonable length of the process, all of which are foreseen in the 1988 Constitution, which set up a fair decision. Finally, in order for this view to be externalized, it is necessary that the jurist performs his function in a harmonious way, combining legal dogma and pragmatics to observe the norms and to reflect on the results of his decision in the concrete case.

Key words: Civil Procedure. Fundamental rights. Change of vision. Bridge between legal dogmatics and pragmatics.

INTRODUÇÃO

O Brasil passou por contornos peculiares em razão do período de ditadura militar e, em boa resposta, adveio a Constituição de 1988 com valores como independência do Poder Judiciário, garantia de acesso à justiça, subtraídos durante esse período. Esse destaque consolida a Democracia³.

A promulgação da Constituição Brasileira de 1988 permitiu, também, o nascimento de uma nova visão da Constituição, a fim de levar o Direito para uma nova fase que promoveu a sua aproximação com a Filosofia. Dessa forma, os princípios passam a ter relevância jurídica. Constrói-se um Direito que se pauta na Constituição e busca alcançar os valores nela consagrados⁴.

Nesse contexto, o processo civil, também, foi transformado pelo Neoconstitucionalismo⁵ e passa a preocupação central ao jurisdicionado e à realização efetiva do direito no lugar da mera instrumentalização e da realização do Direito apenas no aspecto formal. Por isso, opta por um modelo

³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 58, p.129, jan. 2007.

⁵ O Neoconstitucionalismo é definido como uma nova percepção do Direito Constitucional que se irradia para todos os ramos do Direito na sua interpretação e aplicação, conforme já explicitado e visto nas lições de Luis Roberto Barroso na obra Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 58, p.129, jan. 2007.

publicista, com bases nos princípios constitucionais, que cumpra sua função social⁶.

Cada ato do processo "deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos. As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais. Assim, o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Para que essa nova concepção do processo seja concretizada não seria necessário visualizar o próprio processo como um direito fundamental? Uma vez que ele é o instrumento que garante o acesso ao judiciário e a reivindicação da concretização e da proteção de direitos fundamentais? Ele não é então o meio, nos casos em que há omissão ou falha nas políticas públicas, de concretização de direitos fundamentais? Então não seria adequado vê-lo como um direito fundamental processual previsto na Constituição englobado aos demais direitos fundamentais processuais? São essas as questões a serem respondidas nesse trabalho.

Além disso, é preciso entender que existem peças que se encaixam para a formação do processo que levam à uma decisão legítima, adequada e coerente com os fundamentos constitucionais. Essas peças se encaixam como na montagem de um quebra-cabeças. Logo, esse encaixe das peças que formam o processo não seriam um direito do cidadão de se alcançar uma decisão adequada e coerente com os direitos fundamentais? Quais seriam essas peças que precisariam ser encaixadas para a formação de um processo que gere a efetividade de direitos? As partes que compõem o todo chamado de processo são amplo acesso à justiça (artigo 5, XXXV da CF/88), do devido processo legal

⁶ FUX, Luiz. Novas tendências do Processo Civil. O projeto do Novo Código de processo civil. **Revista CEJ**, Brasília, Ano 17, n. 61, p.133.

(artigo 5, LIV, da CF/88), da segurança jurídica (artigo 5, XXXVI, da CF/88), da razoável duração do processo (artigo 5, LXXVIII, da CF/88), ampla defesa e contraditório (artigo 5, LV, da CF/88), celeridade processual (artigo 5, LXXVIII, da CF/88), isonomia (artigo 5, caput, da CF/88) e segurança jurídica (artigo 5, caput, da CF/88).

Por fim, para fechar o raciocínio de que o processo é um direito fundamental será feito uma ponte entre a dogmática e pragmática para a harmonização da atuação do jurista.

1 A MUDANÇA DA VISÃO SOBRE O PROCESSO: A INFLUÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O primeiro aspecto a ser trabalho é a mudança de visão sobre o processo. Ele não pode ser mais visto como uma mera relação processual. É indiscutível que jurisdição, por constituir manifestação do poder estatal, deve revelar os fins do Estado Constitucional. Portanto, se a jurisdição atua por meio do processo, não há como negar a importância dos fins do processo. O Processo não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à legitimidade da decisão. O processo deve produzir decisões legítimas, adequadas aos direitos fundamentais. O processo passa a ser visto em uma dimensão externa, de atuação dos fins do Estado⁷.

O processo é a conciliação da lei e da vida. Não é mais possível entender o processo como mero instrumento em que serão aplicadas às legislações inerentes ao caso concreto, apenas, no seu aspecto formal. Para essa mudança de paradigma ficar clara, torna-se, portanto, imprescindível entender a evolução do Direito e dos valores constitucionais para se compreender a nova visão sobre o processo.

O estudo do Direito e suas ferramentas reflete, necessariamente, um estudo sobre a sociedade seus valores e sua evolução. O Direito regula a vida em sociedade, por isso, irradia os valores advindos e esperados por ela. Assim,

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 459-461.

as evoluções históricas e de valores sociais acarretam, também, em mudanças no próprio Direito, e, conseqüentemente, na visão sobre o processo civil.

1.1 O neoconstitucionalismo e a Constituição Federal Brasileira de 1988

Em um contexto amplo, o novo direito constitucional teve seu marco após a segunda guerra mundial. Na Europa, redefiniu-se o lugar da Constituição e sua influência sobre as instituições contemporâneas, produzindo uma nova forma de organização política denominada de Estado Democrático de Direito. No Brasil, foi a Constituição de 1988. Sem discussão sobre maior a menor gravidade do contexto, a Constituição Brasileira foi capaz de promover a travessia do Estado Brasileiro de um regime autoritário, intolerante, para um Estado Democrático de Direito⁸.

Assim, como já introduzido, o Brasil passou por contornos peculiares em razão do período de ditadura militar e, em boa resposta, adveio a Constituição de 1988 com valores como independência do Poder Judiciário, garantia de acesso à justiça, subtraídos durante esse período. Esse destaque consolida a Democracia⁹.

A promulgação da Constituição Brasileira de 1988 permitiu, também, o nascimento de uma nova visão da Constituição, a fim de levar o Direito para uma nova fase que promoveu a sua aproximação com a Filosofia. Dessa forma, os princípios passam a ter relevância jurídica. Constrói-se um Direito que se pauta na Constituição e busca alcançar os valores nela consagrados¹⁰.

Assim, o avanço que se apresenta hoje, na Constituição Federal, é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão da própria Constituição como

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador, n. 9, p. 2-3. mar./maio 2007.

⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 58, p. 129, jan. 2007.

norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem¹¹.

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais no Brasil pode ser captada pela leitura do Preâmbulo da Constituição de 1988: “o propósito de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança”. Esse objetivo há de erigir-se como pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição. Com essa contextualização é possível compreender que os direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de uma maturação, evolução histórica e que eles não serão os mesmos sempre e em todas as épocas¹².

1.2 O Neoprocessualismo: a influência do neoconstitucionalismo no processo civil

Nesse contexto, o processo civil, também, foi transformado pelo Neoconstitucionalismo¹³ e passa a preocupação central ao jurisdicionado e à realização efetiva do direito no lugar da mera instrumentalização e da realização do Direito apenas no aspecto formal. Por isso, opta por um modelo publicista, com bases nos princípios constitucionais, que cumpra sua função social¹⁴.

Cada ato do processo "deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos. As leis do processo são o complemento necessário

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendens, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendens, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.265.

¹³ O Neoconstitucionalismo é definido como uma nova percepção do Direito Constitucional que se irradia para todos os ramos do Direito na sua interpretação e aplicação, conforme já explicitado e visto nas lições de Luis Roberto Barroso na obra Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 58, p.129, jan. 2007.

¹⁴ FUX, Luiz. Novas tendências do Processo Civil. O projeto do Novo Código de processo civil. **Revista CEJ**, Brasília, Ano 17, n. 61, p.133.

das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais. Assim, o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado¹⁵.

Assim, como a Constituição está acima de todas as funções, cabe ao Poder Judiciário assegurar a realização dos direitos fundamentais por meio do processo, não podendo o juiz ser mero carimbador das decisões tomadas pelo Poder Legislativo e Executivo. Por isso, a mudança de significado dos direitos fundamentais exige um novo processo de diálogo e cooperação entre os três poderes do governo¹⁶.

Com esse novo papel do judiciário de realização dos direitos fundamentais há também um novo papel do processo, pois já não cabe a tarefa de subsunção do fato à letra da lei, não basta dizer apenas se o caso concreto está certo ou errado de acordo com a literalidade da lei, esse não é mais o fim do processo. O exercício da jurisdição contemporânea depende da pré-compreensão social das questões envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais. O magistrado, portanto, não está condicionado à estrita legalidade, assumindo a responsabilidade da efetividade das exigências do Estado Social. Cabe ao Judiciário funcionar como órgão de controle, quando os demais poderes frustrarem a missão de implementação de direitos fundamentais por meio de políticas públicas. Logo, o Judiciário passa a assumir uma corresponsabilidade pela efetividade dos direitos fundamentais e, o processo, o instrumento necessário para esse controle e, por vezes, pela efetivação dos direitos fundamentais¹⁷.

¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Revista de Processo**, v. 113, p. 9, jan. 2004. (Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 1025 | Out / 2011DTR\2004\793).

¹⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 193.

¹⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 195,201 e203.

2 O PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: SEM ELE NÃO SE EFETIVAM DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CASOS DE OMISSÃO OU FALHA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO ÓRGÃO DE CONTROLE

No Estado Constitucional, a jurisdição realiza seus fins apenas quando a lei é aplicada na perspectiva dos direitos fundamentais. Isso porque o processo tem que ser visto em uma dimensão externa de atuação dos fins do Estado. Ele não pode ser visto apenas como uma relação jurídica processual. O processo é um instrumento que pretende alcançar um fim. É a via que garante a todos acesso ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, a reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais. Ele não pode ser concebido de forma neutra e indiferente aos valores do Estado Constitucional¹⁸. Assim, não é porque uma parte apresenta ao judiciário uma demanda referente à concretização de determinado direito fundamental que sua análise deve ser adstrita às partes, sem uma reflexão sobre o impacto da decisão do caso concreto nas políticas públicas¹⁹ existentes ou em relação aos demais indivíduos que serão atingidos pela decisão. É por isso que se fala em processo em uma dimensão externa e não somente interna.

Para que essa nova concepção do processo seja concretizada não seria necessário visualizar o próprio processo como um direito fundamental? Uma vez que ele é o instrumento que garante o acesso ao judiciário e a reivindicação da concretização e da proteção de direitos fundamentais? Ele não é então o meio, nos casos em que há omissão ou falha nas políticas públicas, de concretização de direitos fundamentais? Então não seria adequado vê-lo como um direito fundamental processual previsto na Constituição englobado aos demais direitos fundamentais processuais?

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Parte IV, item 03, p.451-467). p. 452,466 e 467.

¹⁹ Por Política Pública entende-se o processo dinâmico que visa definir e compatibilizar objetivos e meios entre atores sociais sujeitos a restrições, ou seja, um processo formado por vários estágios por meio do qual problemas sociais são reconhecidos como públicos e são tomadas decisões pelo governo a fim de solucioná-los, traçando metas, elaborando planos para, por fim, serem feitas ações governamentais para concretização de direitos. HOWLETT, Michael. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora**/Michael Howlett, M. Ramesh, Anthony Perl; tradução técnica Francisco G. Heldemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Assim, para que o Judiciário funcione como órgão de controle, quando os demais poderes frustrarem a missão de implementação de direitos fundamentais por meio de políticas públicas (corresponsabilidade pela efetividade dos direitos fundamentais) é necessário um instrumento adequado e garantido pela Constituição para que possa ter força e legitimidade para o exercício desse controle dos direitos fundamentais. Logo, o processo deve ser entendido, também, como um direito fundamental processual. Para compreender melhor esse ponto de vista, o processo será caracterizado como tal, por meio da conceituação e identificação no Direito Constitucional.

2.1 Direito fundamental: conceituação e caracterização

Direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas, existentes em dispositivos constitucionais, e, por esse motivo, tem caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como fim limitar o exercício do poder estatal em razão da liberdade individual. Essa sucinta definição permite indicar: a) os sujeitos da relação (pessoa vs. Estado); b) a finalidade desses direitos (limitação da atuação estatal em confronto com a liberdade individual) e c) a posição no sistema jurídico (supremacia constitucional, fundamentalidade)²⁰.

A expressão direitos fundamentais permite a compreensão de que esses direitos estão no texto normativo que regula os fundamentos da organização política e social de um Estado. É possível observar que se trata de uma expressão bastante genérica, podendo, assim, abranger os direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, políticos, direitos de liberdade e de igualdade²¹.

Vieira de Andrade explica que o ponto característico que serviria para definição de direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da

²⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

²¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

dignidade da pessoa humana²². Logo, é possível concluir que fundamentais compreendem situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive²³.

Quanto as características dos direitos fundamentais podem-se dizer que são universais e absolutos, históricos, indisponíveis e vinculantes à atuação dos poderes do Estado. São universais porque são direitos que pertencem ao gênero humano e absolutos porque estão no patamar máximo da hierarquia jurídica. São históricos porque dizem respeito a um conjunto de faculdades e instituições que só fazem sentido num contexto histórico. Por fim, como estão previstos na Constituição, tornam-se parâmetros para atuação do Estado nos poderes constituídos²⁴.

Para se aprofundar a análise do processo como direito fundamental, falta discorrer sobre sua qualificação como direito fundamental processual. Para assim qualificar um direito fundamental é importante ter presentes ainda três aspectos essenciais, a seguir enumerados:

Os direitos fundamentais não são normatizadores só do processo, mas também da atuação das partes e do órgão judicial no processo concreto e ainda na determinação do próprio conteúdo da decisão.

b) A supremacia do direito fundamental: "não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais".

c) O caráter principiológico do direito fundamental, a iluminar as regras já existentes, permitindo ao mesmo tempo a formulação de outras regras

²² ANDRADE, Viera de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, Coimbra: Almedina, 1987, p. 85 apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendens, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. -4 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p.270.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendens, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. -4 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p.271.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendens, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. -4 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p.271. p. 273-279.

específicas para solucionar questões processuais concretas, ou seja, servem de regras iluminadoras para solução das questões concretas²⁵.

A Constituição de 1988 positivou de forma expressa os direitos fundamentais no artigo 5º. Esses preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras, cabendo ainda salientar que os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional na Constituição brasileira.

2.2 O processo como direito fundamental: instrumento concretizador de Direitos fundamentais

Assim, para se poder construir uma ponte entre o conceito e as características do direito fundamental com o processo como direito fundamental processual é preciso lembrar que ele é a via que garante a todos acesso ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, a reinvidicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais²⁶. Ele não pode ser concebido de forma neutra e indiferente aos valores do Estado Constitucional. Essa é a concepção contemporânea que deve ser atribuída ao processo. Dessa definição pode-se fazer a comparação com o direito fundamental.

Analisando, concretamente, o processo é um direito que tem como relação de sujeitos - pessoa vs. Estado, uma vez que, é utilizado o processo como meio de concretização de direitos fundamentais. A finalidade do processo, também é de limitar a atuação do Estado, pois é por meio dele que se pretende fiscalizar a atuação estatal no que concerne à reinvidicação de direitos fundamentais e sua proteção, quando o Poder Judiciário é acionado por um cidadão para cumprimento de um direito fundamental não abarcado por uma política pública ou por descumprimento pelo Estado da política pública já implantada. E, por fim, se for considerado que o processo é um conjunto

²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, v. 113, jan. p. 2-3, 2004.

²⁶ MARINONI. Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Parte IV, item 03, p.451-467). p. 452,466 e 467.

formado por vários princípios: amplo acesso à justiça (artigo 5, XXXV da CF/88), do devido processo legal (artigo 5, LIV, da CF/88), da segurança jurídica (artigo 5, XXXVI, da CF/88), da razoável duração do processo (artigo 5, LXXVIII, da CF/88), ampla defesa e contraditório (artigo 5, LV, da CF/88), celeridade processual (artigo 5, LXXVIII, da CF/88), isonomia (artigo 5, caput, da CF/88) e segurança jurídica (artigo 5, caput, da CF/88), ele está previsto na Constituição Federal com força normativa de fundamentação e organização social. É por meio dele, e nele que esses princípios são realizados. Na verdade, tais princípios seriam a parte de um todo chamado processo. Se a parte está prevista como direito fundamental na Constituição, logo o todo, também assim o está.

Aprofundando o raciocínio, deve-se fazer um comparativo, inclusive com as características do direito fundamental. Seria o processo universal, histórico e vinculativo à atuação do Estado? Seria universal, pois todo ser humano tem o direito de ingressar em juízo para concretizar seus direitos por meio do ajuizamento da ação. Esse transcorrer da ação se dá por meio do processo, seu instrumento, logo é possível dizer que todos que ingressam em juízo terão acesso ao instrumento, ao caminho de se concretizar direitos chamado de processo. Ele é histórico, também, pois como visto anteriormente os movimentos históricos influenciaram no seu conceito e na sua finalidade que deixou de ser apenas formal para ser material, publicista e focada no jurisdicionado e na concretização de direitos. E por meio dele se realiza o controle das Políticas Públicas, com decisões que irão vincular a atuação Estatal. O produto do processo é a decisão e não se chega ao produto sem seu insumo, ou seja, sem o processo.

Agora será feita a análise do processo como direito fundamental processual. É possível se dizer que o processo é a via que garante o acesso à Justiça e permite a realização de direitos e sua proteção, em momentos em que o Estado deixa de executar ou não executa adequadamente Políticas Públicas que tem por fundamento, exatamente, a concretização de direitos com parâmetros previstos na Constituição e com a finalidade de proporcionar o

bem-estar social²⁷. Se o processo permite essa conduta, passa a ser visto como instrumento que viabiliza a criação de normas para casos concretos, regras iluminadoras que integram o processo. As partes que compõem o todo chamado de processo - amplo acesso à justiça (artigo 5, XXXV da CF/88), do devido processo legal (artigo 5, LIV, da CF/88), da segurança jurídica (artigo 5, XXXVI, da CF/88), da razoável duração do processo (artigo 5, LXXVIII, da CF/88), ampla defesa e contraditório (artigo 5, LV, da CF/88), celeridade processual (artigo 5, LXXVIII, da CF/88), isonomia (artigo 5, caput, da CF/88) e segurança jurídica (artigo 5, caput, da CF/88) - possibilitam a produção de decisões legítimas que serviram de normas em casos concretos em que não há um parâmetro a ser seguido, pois a Política Pública não está mais adequada, ou uma omissão, quando ela ainda não foi feita. E, também, servem de parâmetro normatizador para atuação das partes e da produção da decisão. O caminho mostrado pelo processo deve ser observado por todos. Assim, ele passa a ser normatizador e iluminador de novas regras (principiológico), pois sem o instrumento correto, elas não seriam produzidas e, sem o seguimento de suas etapas, não se chegariam a decisões legítimas e observadoras dos demais direitos fundamentais.

Essa nova visão sobre o processo e a sua finalidade de ser o caminho para alcançar os direitos na sua materialidade leva a uma outra questão: como o processo se torna efetivo? Como ele permite a prolação de uma decisão legítima que seja mais adequada e mais eficiente no caso concreto, possibilitando, de alguma forma, materializar outros direitos fundamentais?

3 A MONTAGEM DO QUEBRA-CABEÇA: EFETIVIDADE DO PROCESSO

Existem peças que se encaixam para a formação do processo que levam à uma decisão legítima, adequada e coerente com os fundamentos constitucionais. Essas peças se encaixam como na montagem de um quebra-

²⁷ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 143-161

cabeças. Logo, esse encaixe das peças que formam o processo não seriam um direito do cidadão de se alcançar uma decisão adequada e coerente com os direitos fundamentais? Quais seriam essas peças que precisariam ser encaixadas para a formação de um processo que gere a efetividade de direitos?

3.1 Participação/ Cooperação

A concretização dos direitos fundamentais será realizada pelo juiz por meio do processo em razão de ação levada a seu conhecimento. E só se realizará dessa forma, pois seu conteúdo só poderá ser determinado diante dos fatos específicos do caso concreto. Para que isso ocorra é necessário a participação efetiva e substancial de todos os envolvidos no processo: serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas, partes, juiz, etc. Essa participação não é mero requisito formal, é preciso que todos colaborem nesse caminhar do processo para que se possa gerar condições legítimas de se alcançar um resultado adequado. Assim, a participação oportuna a formação de uma decisão justa. A publicidade e motivação dessa decisão garantem que é possível verificar o caminho feito na argumentação racional da decisão, compreendendo-o e verificando se realmente foi o mais adequado ao caso concreto. Já ampla defesa e contraditório (artigo 5, LV, da CF/88) permitem que todos colaborem no caminho a ser percorrido com as informações necessárias para concretizar o direito reivindicado²⁸. Dessa forma, se garante, também, a segurança jurídica (artigo 5, caput, da CF/88), uma vez que todo esse trilha do processo pode ser verificado e raciocinado de forma coerente que permita a compreensão das partes envolvidas, gerando uma previsibilidade do Direito, assim como em um raciocínio matemático em que se pode averiguar se a soma das partes dará o valor correto, gerando uma concordância dos que averigam e de todos que analisarem o problema de forma dedutiva. Dessa forma, se possibilita o alcance do fim último do processo que é à Justiça no caso concreto.

3.2 Acesso à Justiça

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, v. 113, p. 4-5, jan. 2004.

Outra peça que faz parte desse conjunto é o acesso à Justiça (artigo 5, XXXV da CF/88). Atualmente, não basta possibilitar a entrada no Poder Judiciário para pedir algo, mas acesso significa a possibilidade de uma prestação jurisdicional eficiente, justa e coerente, sem excessos de formalismos. É o direito ao uso das técnicas processuais adequadas às necessidades do direito material²⁹.

A Constituição Brasileira de 1988 traz uma nova visão de processo não só em seu aspecto formal, instrumentalista, mas no seu aspecto material, levando em consideração a eliminação de óbices econômicos e sociais que impedem ou dificultam a propositura de ação. Assim, o legislador deve traçar formas de justiça e procedimentos diferenciados que permitam o efetivo acesso ao Poder Judiciário e a uma decisão justa. Alguns exemplos mostram essa nova perspectiva como a criação dos Juizados Especiais, a ação civil pública, o código de defesa do consumidor, ação coletiva, etc. Essas são formas de acessar o Judiciário de maneira mais simplificada e de tutelar direitos difusos, coletivos para representar a vontade da coletividade e de determinadas esferas da população, tornando os efeitos benéficos da sentença extensíveis à coletividade ou a um determinado grupo³⁰.

Nessa perspectiva o processo passa a ser uma racionalização do curso, uma adequação concreta entre meio e fim. Logo, o acesso deve permitir o mínimo para que o processo seja ao seu fim efetivo de Justiça no caso concreto³¹. E como assim fazê-la, se as desigualdades materiais não forem superadas para que todos têm uma prestação jurisdicional adequada? Se as ferramentas do processo não puderem ser aplicadas de forma coerente para se chegar a uma decisão legítima e adequada aos fatos concretos?

Essa ferramenta é mais uma forma de se manter a cooperação e a equidade entre todos os envolvidos no processo a fim de assegurar a produção

²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, v. 113, p. 4-5, jan. 2004.

³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, v. 113, p. 4-5, jan. 2004. p.4-5.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1. p.459-461.

de uma decisão legítima e adequada ao caso concreto. É mais uma forma de se garantir que o caminho, raciocínio da decisão é coerente com os fatos e pode ser compreendida por todos, mantendo-se a segurança jurídica.

3.3 Razoável duração do processo

Com todos os valores trazidos com a promulgação da Constituição de 1988, com as alterações históricas e sociais trazidas pela Globalização, produção de produtos e distribuição de bens em série, acesso rápido a informação pelos meios informatizados, ocorre uma ampliação da consciência da população brasileira em relação a seus direitos e o seu exercício e manutenção por meio da ação judicial. Esse fenômeno é resultado, também, da ampliação e fortalecimento do acesso à justiça. O advento dos chamados direitos difusos e coletivos e das demandas em massa também contribuem para o aumento de demandas e para o aumento da complexidade dos casos submetidos ao Poder Judiciário³²

No sistema de justiça, a democracia se realiza pela ampla possibilidade de a população ter acesso a ela e, pelas diversas formas que os litigantes têm de apresentar suas manifestações e debater-las no processo. Assim, o acesso à justiça é estabelecido não somente pelo aumento de volume de casos judiciais, mas também pela diversidade das pessoas que buscam o Judiciário³³.

Essa ampliação do acesso à justiça juntamente com o aumento da conscientização da população de seus direitos e dos meios de preservá-los contribuem para um aumento considerável das ações propostas em juízo e, conseqüentemente, exige-se que as demandas sejam solucionadas de uma forma mais célere a fim de que não se perca o contexto fático e o momento adequado para a concretização de direitos que muitas vezes requerem urgência. Para que o direito fundamental seja satisfeito de maneira efetiva é necessário que seja reconhecido sem maiores delongas para que não perca seu

³² SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 28.

³³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

objeto. É nesse sentido, que a Constituição Federal (artigo 5, LXXVIII, da CF/88) estabelece que o processo deve ter um prazo razoável para a concretização do direito para que, fundamentalmente, seja alcançado da forma mais justa possível e de forma mais inerente aos fatos.

4 FUSÃO ENTRE DOGMÁTICA E PRAGMÁTICA JURÍDICA: NOVO PAPEL DO PROCESSO

Para reforçar o raciocínio do novo papel do processo no Direito, é necessária a reflexão de que seria fundamental o estabelecimento de uma ponte entre o dogmatismo jurídico e o pragmatismo, ou seja, uma harmonização dessas duas maneiras de pensar e exercer o Direito, extraíndo o essencial de cada uma delas para a composição de que a finalidade da atuação jurídica deve ser uma harmonia da norma com os efeitos de sua aplicação no caso concreto. Nesse raciocínio o processo também precisa ser um instrumento harmonizado entre esses dois métodos de atuação para garantir a materialidade dos direitos fundamentais. Assim, será apresentada a essência de cada uma para poder construir essa ligação e demonstrá-la nesse artigo.

4.1 Dogmatismo Jurídico

O dogmatismo seria um método de análise e atuação perante o Direito. É a orientação que permite a prolação de uma decisão calcada em premissas pré-estabelecidas, valores fundamentais do Direito. Nessa concepção de dogmática, ou seja, estabelecimento de dogmas e valores para atuação, foi indagado a cientificidade do Direito, pois se apresenta como dogmática, mas seria ela uma ciência? Seria o saber jurídico uma ciência? Para responder essa pergunta é preciso saber o conceito de ciência e as propriedades comuns que têm os saberes que são estabelecidos como científicos³⁴.

A concepção racionalista da dogmática parte do pressuposto que o mundo é racional e que existem leis racionais, imutáveis e universais que

³⁴ BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. **Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Número 22, 1982. Ejemplar dedicado a Metodologías y Derecho Privado, p. 235-242.

governam não só os fenômenos físicos, mas também a conduta humana. Essas leis seriam naturais e intrínsecas dos fenômenos da natureza e das condutas, sendo denominadas de racionais pela possibilidade de serem descobertas por meio da razão. Dessa forma, o método científico utilizado para essa descoberta seria o dedutivo e o protótipo da Ciência seria a matemática. O direito, nessa ótica, não seria considerado ciência, pois não é imutável, está em constante transformação³⁵.

Com a crise do racionalismo puro surge a concepção positivista da Ciência, já que a razão pura não seria capaz de produzir conhecimento, somente a experiência o produziria. Assim, o método científico passa a ser o indutivo e o modelo de ciência seria a Física. Nessa concepção, o saber jurídico também não era visto como ciência, pois só seu âmbito de estudo é a averiguação do que está dito na norma e o questionamento principal é sobre a licitude do comportamento humano. O Direito não estuda a própria conduta dos homens, mas o sentido da norma, logo não poderia ser considerado Ciência, pois não teria experiência a ser observada³⁶.

Para Karl Larenz, a cientificidade do Direito é oriunda das questões de prestígio social solucionadas pela atuação do jurista. O saber jurídico é uma ciência porque desenvolve métodos que aspiram a um conhecimento racionalmente comprovado pelo Direito vigente. Entende que a justificativa de um novo conceito de ciência, que incluía um caráter prescritivo e descritivo da dogmática, seria a necessidade imediata de solucionar os casos que não foram contemplados por normas ou para correção de casos solucionados de forma equivocada. Na sua concepção, a ciência teria um conceito amplo suficiente para abarcar a Dogmática. Nesse contexto, a dogmática jurídica serviria para solução de conflitos sociais³⁷.

³⁵ BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. **Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Número 22, 1982. Ejemplar dedicado a Metodologías y Derecho Privado, p. 235-242.

³⁶ BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. **Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Número 22, 1982. p. 240-241

³⁷ *Ibidem*, p. 245. **Apud** Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, p. 26-35.

A ciência teria regras que não seriam suscetíveis à crítica ou análise, pressupostos inquestionáveis, assim como o Direito. As teses e afirmações formuladas pela dogmática jurídica, entretanto, seriam suscetíveis de crítica racional, reforçando o argumento de que poderia ser admitida como um saber científico. Cabe ressaltar que a crítica ocupa um papel importante na atividade jurídica, pois o jurista não é livre para interpretar a norma de forma absolutamente livre. Ele precisa justificar suas teses com base nas regras do jogo, ou seja, nos princípios. Assim a dogmática cumpre o papel de ordenar o raciocínio³⁸.

Assim, nessa visão positivista do Direito, o jurista deve aceitar o direito posto e para trabalhar de forma dogmática tem que abandonar sua opinião. A sua função passa a ser de submeter os casos concretos às normas jurídicas, apenas declarando o que consta na norma. A dogmática passa a ter como critério principal a literalidade da lei para a manutenção da segurança e igualdade³⁹.

Karl Larenz, no sentido contrário, entende que o Direito não é completo, possuindo imperfeições, caracterizados por conflitos de normas e lacunas. Assim, na sua perspectiva, a dogmática não teria como critério apenas a literalidade para resoluções judiciais. O jurista teria uma força criadora limitada pelos interesses protegidos pela lei (denominada de Jurisprudência de Interesses). Ele relembra que essa função já havia sido estabelecida no século XIX, com os glosadores e pós-glosadores que não teriam apenas descrito o Direito Romano, mas o teriam adaptado a nova situação social. Dito isso, a lei seria a primeira fonte do Direito, mas não seria a única, da mesma forma que a sujeição à lei seria uma regra da dogmática jurídica, não a única⁴⁰.

³⁸ BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. **Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Número 22, 1982. Ejemplar dedicado a Metodologías y Derecho Privado, p. 249.

³⁹ BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. **Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Número 22, 1982, p. 257-259

⁴⁰ BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. **Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Número 22, 1982, p. 262

Outra regra existente na dogmática jurídica seria a de que o juiz não pode ditar sentenças manifestamente injustas. Larenz estabelece uma hierarquia entre essas regras e entende que a literalidade da lei é superior ao princípio da justiça. Joseph Esser entende justamente o oposto⁴¹.

Albert Calsamiglia entende que a dogmática jurídica deve conciliar o princípio da sujeição e da justiça e, nessa ótica, visualiza o Direito como um sistema. Assim, a ciência jurídica, denominada de dogmática jurídica, permitiria a leitura das regras, dos problemas, dos valores mais importantes para a sociedade (estabelecidos na Constituição) e a compreensão das respostas dadas pelos juristas. O resultado desse exercício seria a segurança jurídica⁴².

Por fim, a dogmática se transformaria em instrumento de correção social, pois seria organizadora do consenso entre Direito e Estado, uma vez que o governo das regras seria melhor que a vontade arbitrária de uma pessoa⁴³.

4.2 Pragmatismo jurídico

Richard Posner desenvolve uma concepção sobre o pragmatismo jurídico não em uma visão estritamente filosófica. Entende que seria a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações⁴⁴.

O jurista pragmático incita a dúvida e isso leva a uma investigação, nesse caminho, o julgador se torna menos dogmático e abre a oportunidade de ficar com a mente mais aberta. Seriam, assim, uma forma de analisar o sistema jurídico pelos relutados produzidos por eles. Poderia ser chamado de pragmatismo das regras.

⁴¹ BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. **Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Número 22, 1982. p. 262.

⁴² BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. **Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Número 22, 1982. p. 265, 273.

⁴³ BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. **Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Número 22, 1982. Ejemplar dedicado a Metodologías y Derecho Privado, p. 273.

⁴⁴ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 380.

Posner não concorda com o raciocínio de Dworkin para explicar a operação da atividade judicial pragmática: “o pragmatista pensa que os juízes devem fazer o melhor possível em vista do futuro, dadas as circunstâncias, irrefreados pela necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado”. Pelo contrário, sua noção de pragmatismo diz que o juiz positivista se ocupa essencialmente de assegurar a coerência com as decisões passadas enquanto o pragmático procura assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados no futuro. É evidente, que o contexto trazido por Posner é da tradição do *common law*, já que foi um juiz americano, mas a ideia pode ser trazida para a tradição do *civil law* partindo do pressuposto que temos leis e as interpretações delas feitas pelos Tribunais. Assim o jurista pragmatista teria a função de analisar as leis, suas interpretações e a consequência de sua decisão para fazer o melhor possível em vista do futuro⁴⁵.

O juiz positivista começa e termina sua atividade com um exame da jurisprudência, da legislação, dos dispositivos constitucionais (as fontes diante das quais deve curvar-se quando segue o princípio de que os juízes têm o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado. No outro lado, o juiz pragmatista tem outras prioridades, quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras. Não é que não tenha interesse pela jurisprudência e legislação. Em primeiro lugar, essas são fontes de conhecimento e até, às vezes, de sabedoria. Seria, a seu ver, loucura ignorá-las. E ressalta que uma decisão que se afasta abruptamente dos precedentes e da lei destabiliza o direito, trazendo³ consequências ruins. O juiz tem, muitas vezes que, escolher entre fazer a justiça substantiva no caso sob apreciação e do outro lado manter a segurança jurídica e a previsibilidade do Direito⁴⁶.

⁴⁵ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 380.

⁴⁶ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 381.

O juiz pragmatista encara a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: como fontes de informação potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame e, também, como marcos que ele deve ter cuidado de não obliterar, nem obscurecer gratuitamente, pois as pessoas os tomam como pontos de referência. Dessa maneira, como as vê somente como fonte de referência, ele não depende delas para encontrar o princípio que lhe permite decidir um caso verdadeiramente inusitado. Recorre, antes, as fontes que tenham relação direta com a sabedoria da norma que ele confirme ou modifique⁴⁷.

O juiz positivista parte das fontes e atribui-lhes um peso maior; ao passo que o pragmatista parte dos fatos e atribui-lhes um peso maior. O juiz pragmatista acredita que o futuro não deve ser escravo do passado. Os juízes, na visão pragmatista, não só aplicam normas como as criam, levando em conta questões empíricas, políticas, institucionais e de simples prudência, só se ligando ao passado na medida em que proporcione orientação para o presente e futuro. Não é decidir institivamente, é decidir ancorado nos fatos e nas finalidades do direito aplicável⁴⁸.

Por fim, sinaliza que é preciso entender melhor as origens, os limites e os fatos determinantes e a eficácia das normas morais que desempenham importante papel no sistema de controle social não só de nossa sociedade como de todas as sociedades para evitarmos becos sem saída⁴⁹.

Para justificar seu raciocínio, diz que a atividade judicial pragmatista deve ser utilizada em uma democracia federativa regida por freios e contrapesos, pois nesses sistemas, como o norte-americano, seria extremamente difícil a aprovação de novas leis, quanto mais de leis claramente redigidas. Assim, os Tribunais não podem deixar somente a cargo do Poder Legislativo e se encarrega de elaborar normas jurídicas para que não exista

⁴⁷ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p.382.

⁴⁸ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 382.

⁴⁹ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 492.

lacunas e vícios por longos períodos de tempo. E ainda reforça que o dinamismo e a complexidade da sociedade dificultam a criação de legislações e por isso, também, os juízes não se limitam a aplicar normas estabelecidas pelo poder legislativo⁵⁰.

Interessante observar os argumentos trazidos por Posner para justificar uma atuação pragmática, pois é uma tradição diferente da brasileira, mas os fundamentos são muito parecidos com os apresentados pelos juristas brasileiros na atuação do Poder Judiciário como controlador de Políticas Públicas.

Por fim, seria interessante extrair o essencial dessas duas visões do Direito para a criação de uma ponte que levaria a nova concepção de processo como instrumento de concretização de direitos. Assim, o dogmatismo traz o caminho, o método a ser desenvolvido para a prolação de uma decisão justa, levando em consideração as leis e princípios constitucionais. Já o pragmatismo, apresentado por Richard Posner, demonstra a preocupação de como essa decisão irá afetar a sociedade e prioriza a resolução do caso concreto da forma mais justa e adequada possível no momento. Essas visões não são excludentes, mas complementares e, é nessa complementariedade que se encontra a ponte. O jurista deve, portanto, sempre ter como bazilador as leis e princípios constitucionais, mas deve procurar refletir os efeitos de sua decisão e tentar legitimá-la com uma análise adequada e mais justa possível dentro dos fatos apresentados. O processo com suas peças de participação, de acesso à justiça e duração razoável do processo forneceram as ferramentas necessárias para esse desempenho. Assim, o processo é a própria ponte que permite essa harmonia na prolação da decisão entre os universos do dogmatismo e pragmatismo jurídico, sendo fundamental para a vida em sociedade.

⁵⁰ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 418-420.

CONCLUSÃO

Esse artigo tem por objetivo demonstrar a importância do papel do processo no Estado Democrático e Social de Direito. Foi construído um raciocínio em que o processo seria uma quebra-cabeça formado pelas peças do amplo acesso à justiça (artigo 5, XXXV da CF/88), do devido processo legal (artigo 5, LIV, da CF/88), da segurança jurídica (artigo 5, XXXVI, da CF/88), da razoável duração do processo (artigo 5, LXXVIII, da CF/88), ampla defesa e contraditório (artigo 5, LV, da CF/88), celeridade processual (artigo 5, LXXVIII, da CF/88), isonomia (artigo 5, caput, da CF/88) e segurança jurídica (artigo 5, caput, da CF/88). Logo, se suas peças são consideradas direito fundamental o conjunto denominado processo também o seria.

Dessa forma, o processo passa a ser visto de uma nova maneira, transformado pelo Neoconstitucionalismo,⁵¹ e passa a preocupação central ao jurisdicionado e à realização efetiva do direito no lugar da mera instrumentalização e da realização do Direito apenas no aspecto formal. Por isso, opta por um modelo publicista, com bases nos princípios constitucionais, que cumpra sua função social⁵². Cada ato do processo "deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos. E as peças supramencionadas seriam as ferramentas para que o fim remoto da segurança dos direitos e sua concretização sejam alcançados.

Por fim, para fechar o raciocínio de que o processo deve ser visto como direito fundamental seria interessante extrair o essencial das duas visões do Direito para a criação de uma ponte que levaria a nova concepção de processo como instrumento de concretização de direitos. Assim, o dogmatismo traz o caminho, o método a ser desenvolvido para a prolação de uma decisão justa,

⁵¹ O Neoconstitucionalismo é definido como uma nova percepção do Direito Constitucional que se irradia para todos os ramos do Direito na sua interpretação e aplicação, conforme já explicitado e visto nas lições de Luis Roberto Barroso na obra Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 58, p.129, jan. 2007.

⁵² FUX, Luiz. Novas tendências do Processo Civil. O projeto do Novo Código de processo civil. **Revista CEJ**, Brasília, Ano 17, n.61, p.133.

levando em consideração as leis e princípios constitucionais. E prioriza as leis. Já o pragmatismo, apresentado por Richard Posner, demonstra a preocupação de como essa decisão irá afetar a sociedade e prioriza a resolução do caso concreto da forma mais justa e adequada possível no momento. Essas visões não são excludentes, mas complementares e, é nessa complementariedade que se encontra a ponte. O jurista deve, portanto, sempre ter como balizador as leis e princípios constitucionais, mas deve procurar refletir os efeitos de sua decisão e tentar legitimá-la com uma análise adequada e mais justa possível dentro dos fatos apresentados. O processo com suas peças de participação, de acesso à justiça e duração razoável do processo forneceram as ferramentas necessárias para esse desempenho. Assim, o processo é a própria ponte que permite essa harmonia na prolação da decisão entre os universos do dogmatismo e pragmatismo jurídico, sendo fundamental para a vida em sociedade. Essa forma de atuação é apenas um regresso na história e um resgate a uma forma de atuação do jurista, pois os glosadores atuaram dessa forma, descrevendo o Direito Romano no Digesto e adaptando-o a realidade social de sua época. A história sempre é peça fundamental para evolução da sociedade e do Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Viera de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 58, p.129, jan. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (orgs.). Políticas públicas no Brasil. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

BLANCAFORT, Albert Calsamiglia. **Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Número 22, 1982. Ejemplar dedicado a Metodologías y Derecho Privado.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HOWLETT, Michael. **Política Pública**: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora/Michael Howlett, M. Ramesh, Anthony Perl; tradução técnica Francisco G. Heldemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Parte IV, item 03, p.451-467).

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, v. 113, jan. 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. **Revista de Processo**, v. 113, p. 9, jan. 2004. Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 1 | p. 1025 |Out / 2011DTR\2004.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF M. Fontes, 2012.

AS FACES DA RAZOABILIDADE: UM ESTUDO HERMENÊUTICO E DE REFLEXÕES A RESPEITO DA “DURAÇÃO RAZOÁVEL”

Iago Farias Lora¹

RESUMO

“As Faces da Razoabilidade” foi concebido como texto dissertativo que revela reflexões a respeito da amplamente discutida “duração razoável” e as interpretações atribuídas ao contexto. Através da utilização de hermenêutica-jurídica como ferramenta de análise, não obstante, amparado também pela filosofia do Direito, este texto analisa através de diferentes perspectivas a noção de razoabilidade e seus prismas, trazendo ao final reflexões críticas a respeito do tema exposto.

Palavras Chave: Duração razoável. Hermenêutica. Devido processo legal. Direitos Fundamentais. Processo Civil.

ABSTRACT

The Faces of Reasonableness” was construed as a dissertation that reveals the reflection about the broadly discussed “reasonable delay” and the interpretations attributed to the context. Through the utilization of legal hermeneutics as an analysis tool, nevertheless, also sustained by the philosophy of Law, this text analyses through different perspectives the notion of reasonableness and its prisms, bringing to the end celebrations and critics about the exposed theme.

Keywords: Reasonable delay². Hermeneutics. Due process of Law. Fundamental Rights. Process of Law

INTRODUÇÃO

¹ Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC; Secretário Executivo do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC; Assistente Acadêmico da Coordenação de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito - UniCEUB; MBA em Gerenciamento de Projetos - IBMEC; Graduado em Administração de Empresas - UniCEUB; Graduando em Direito - UniCEUB; Endereço eletrônico: iagolora@outlook.com;

² Os países de língua inglesa costumam utilizar o termo de maneira diferente da forma brasileira, em vez de duração razoável é descrito como atraso razoável.

Uma das maiores preocupações dos processualistas é a efetividade da tutela jurisdicional. A insatisfação crescente com a demora do processo fez com que todos aqueles apreensivos com a entrega de boa prestação do serviço jurisdicional comesçassem a se movimentar no sentido de criar mecanismos com o objetivo de afastar as lacunas existentes.³ Além da decisão em si, a ideia de “duração razoável” abrange, igualmente, a definitividade e a efetividade da decisão judicial, sendo que, o Estado que não cumpre este prazo, é considerado um país com justiça inacessível.⁴

Diante desse contexto, é importante ressaltar que por mais antigas que sejam, certas garantias fundamentais foram gradualmente esquecidas. Tal processo fez com que se tornasse necessário trazer à tona tais prerrogativas, que passaram então a compor novas constituições e legislações. Dentre as reestruturações que trazem de forma positivada garantias fundamentais, é alvo de estudos, a duração razoável do processo. Avocada pela Emenda Constitucional nº 45/2004⁵ e posteriormente pelo Código de Processo Civil de 2015⁶. O entendimento de duração razoável é alvo de pesquisa para a corrente doutrinária do direito, tendo como ponto de partida a utilização da razão como forma de decisão. Sua conceituação emana subjetividade, dependendo de inúmeros fatores que decorrem do processo e incontáveis variáveis, bem como, a definição de tempo razoável para as diligências processuais⁷.

A interpretação que se tem de duração razoável a julgar pela análise do sistema judicial brasileiro é considerada, portanto, discussão relevante a despeito dos objetivos estabelecidos por este texto para determinação do entendimento de razoabilidade temporal de um processo.

³ MOREIRA, Alberto Camiña. et al. *Nova reforma processual civil: comentada*. São Paulo: Método, 2003.

⁴ RECONDO, Felipe. *Mudança no processo civil pode reduzir em 50% o tempo de ações*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mudanca-no-processo-civil-pode-reduzir-em-50-o-tempo-de-acoes,559648>> Acesso em 13 de jul. 2017.

⁵ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em: 05 de jul. 2017.

⁶ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 8 de jul. de 2017.

⁷ Por processo, em sentido judicial, deve-se subentender, no decorrer deste texto o processo civil.

Questões conceituais dependem de reflexões a respeito da natureza das ideias, levando em consideração evidências disponíveis. Não existem maneiras automáticas para resolução de problemas desta ordem.

Apesar dos enunciados em dicionário, a própria definição deve ser questionada,⁸ afinal, o conceito em si, possui significados diferentes para cada intérprete. Uma das infelizes premissas no contexto da comunicação é de que o significado é igual para o falante e o ouvinte⁹, sendo que na verdade, as conclusões são tomadas de acordo com o complexo sistema cognitivo da mente humana e, portanto, o sentido atribuído a determinadas palavras possui caráter próprio e inerente para cada um que a descreve. É enraizada por questões culturais, a presunção de que todo e qualquer problema pode ser solucionado por definições e consulta a meios de informação, e frequentemente, a humanidade deixa de perceber a existência de problemas que necessitam de reflexão conceitual.¹⁰

Na análise do texto disposto no art. 4º do Código de Processo Civil de 2015¹¹, depara-se o jurisdicionado com o direito de obtenção em prazo razoável, a solução integral do mérito¹². Diversas são as palavras das quais podem ser tirados significados díspares neste trecho, realizar profunda análise mesmo que de uma frase, acarretaria em exaustiva atividade intelectual e inúmeras conclusões. Por consequência, o cerne desse trabalho se centraliza no vocábulo “razoável”, tendo em consideração as divergências conceituais nele encontrado.

⁸ CARRAHER, David William. *Senso Crítico: do Dia-a-Dia às Ciências Humanas*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1993.

⁹ SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o Behaviorismo*. Tradução de Maria da Penha Villa Lobos. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

¹⁰ CARRAHER, David William. *Senso Crítico: do Dia-a-Dia às Ciências Humanas*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1993.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 8 de jul. 2017.

¹² “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

1 DIREITO INTERPRETADO

A prestação jurisdicional substantiva no direito é baseada em ideologias de princípio, e esta afirmação julga-se importante tanto em termos normativos quanto teóricos¹³. A própria teoria da comunicação humana, concebe o direito como sistema de interlocução cuja função pragmática é organizar a convivência humana. Nesse sentido, a teoria do direito se enraíza no princípio hermenêutico-analítico, tornando possível ao texto jurídico análise pragmática, semântica e sintática.¹⁴ O direito é texto¹⁵, e textos, assim como as mais variadas formas de comunicação, são passíveis de entendimento subjetivo, e a própria subjetividade torna a incoerência uma realidade. Uma regra, nada mais é do que uma proposição linguística¹⁶ passível de entendimentos diversos a partir de cada leitor. As conclusões, mesmo que expressas em marcas de papel, têm sua gênese em outra parte.¹⁷ A razoabilidade jurídica integra princípio constitucional implícito conduzido pela boa interpretação legal¹⁸, na qual o entendimento se dá por atividade lógica que consiste na extração do alcance e significado da norma jurídica.¹⁹

Em abordagem behaviorista²⁰, têm sido realizados estudos a respeito das características comportamentais dos magistrados e a influência dessas para previsão de eventuais sentenças que venham a ocorrer. Richard Posner, doutrinador de Filosofia de Direito, aborda a relação de situações percebidas no sentido comportamental com a previsão de sentenças, comparando-as com outros setores como economia de mercados, análises feitas por psicólogos e

¹³ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁴ ROBLES, Gregório. *O Direito Como Texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manoele, 2005.

¹⁵ Referindo-se ao Brasil que, como regra, utiliza o sistema *Civil Law*.

¹⁶ ROBLES, Gregório. *O Direito Como Texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manoele, 2005.

¹⁷ HURD, Heidi M. Interpretando as Autoridades. In: *Direito e Interpretação*. Andrei Marmor (Ed). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁸ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *O Problema Da Razoabilidade e a Questão Judicial*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006.

¹⁹ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *O Problema Da Razoabilidade e a Questão Judicial*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2006.

²⁰ Skinner define Behaviorismo não como a ciência do comportamento humano, mas como a filosofia dessa ciência.

demais setores que trabalham com apreciação de acontecimentos futuros.²¹ Mesmo representando o papel de magistrado, Posner não nega a perspectiva de previsibilidade consoante o modelo mental e as influências psicológicas, ainda que nenhum juiz se considere previsível. A partir dessa concepção, é possível aplicá-la ao entendimento de razoabilidade, levando em conta questões anteriores, a duração coerente irá variar de acordo com o pensamento de cada julgador.

Pela idiossincrática percepção humana, exige-se análise do processo de assimilação que cria juízo de valor para a razoabilidade, adentrando contexto histórico da então descrita duração razoável do processo correlacionando-a com o estudo de princípios constitucionais que sustentam o art. 4º do Código de Processo Civil de 2015.

A “interpretação” não embasada por justificativa ou conclusão é apenas ornamento acrescentado de deduções céticas quando se fala de Direito.²² Então, faz-se necessário definir a “interpretação”. Diante disso, Moore destaca que “Um bom primeiro golpe ao definir uma noção útil de interpretação é dizer que ela é a atividade a que nos dedicamos ao tentar encontrar o significado de algo”²³, eis a análise realizada pelo autor a respeito da definição de Freud para interpretação descrita em *The Complete Introductory Lectures on Psychoanalysis*²⁴ que determina “interpretar” como encontrar sentido oculto em algo. Seguindo o pensamento de Foucault, as palavras em si, possuem significados ocultos que são entendidos de acordo com quem as escreveu ou quem as interpreta²⁵, isso torna, portanto, o contexto de interpretação da linguagem ainda mais subjetivo. Claramente encontra-se nesse caso, a orientação relativista do direito, isto é, consoante com o ponto de vista, que na

²¹ POSNER, Richard A. *Problemas da Filosofia do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2007.

²² MOORE, Michael S. Interpretando a Interpretação. In: *Direito e Interpretação*. Andrei Marmor (ed). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2000.

²³ MOORE, Michael S. Interpretando a Interpretação. In: *Direito e Interpretação*. Andrei Marmor (ed). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 5.

²⁴ FREUD, Sigmund. *The Complete Introductory Lectures on Psychoanalysis*. Trad. James Strachey. New York: W. W. Norton, 1996.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: uma Arqueologia das Ciências Humanas*. Trad. Salma Tannus Muchail. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.

qualidade de norma reguladora da vida social, utilizando o embasamento interpretativo, não pode ficar sujeito ao arbítrio de diferentes opiniões.²⁶ Nessa conjuntura, faz-se necessário a utilização do positivismo jurídico, o maior problema dessa situação é quanto o próprio direito estrito sugere abstração.

2 AMBIGUIDADES NA DEFINIÇÃO

A definição de razoável, para o dicionário da língua portuguesa, entende o termo como: conforme à razão; considerável.²⁷ No Direito Brasileiro, os conceitos ambíguos são definidos através do pensamento do homem-médio, estabelecido pelo cidadão que se posiciona através do grau de habilidade cognitiva acima dos desprovidos de informação ínfima e abaixo do homem com inteligência elevada, trata-se de uma abstração jurídica, que serve de parâmetro para determinada conduta social.

Na situação de definição do conceito de razoabilidade frente à sociedade Brasileira, já são percebidas certas incongruências no tangente ao “homem-médio” e a hermenêutica da duração razoável. O Brasil, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, possui 17.338 magistrados²⁸, e a população brasileira alcançou o número de 205.962.108 habitantes²⁹, em período equivalente.³⁰ Nesse sentido, aproximadamente, 0,008% da população detém o poder de interpretação da norma escrita, indo adiante, em representação proporcional, um a cada dezenove milhões de habitantes³¹ detém o poder de interpretação da Constituição, no sentido de entender e determinar o significado da norma expressa. Não se trata de crítica à divisão social brasileira, apenas reflexão de que a apreciação da norma não é passível a “homens-

²⁶ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 6. ed. Tradução de Arménio Amado. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

²⁷ FERREIRA, Aurélio. *Dicionário Aurélio*. 5.ed. 2014.

²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Relatório 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/7d8fa9ae6f181c5625e73f8184f10509.pdf>> Acesso em: 8 de jul. 2017.

²⁹ DATA WORLD BANK. Brazil. Disponível em: < <http://data.worldbank.org/country/brazil>> Acesso em: 08 de jul. 2017.

³⁰ Ambos os dados de 2015 para comparação mais precisa.

³¹ Valor aproximado, conta realizada a partir de dados do IBGE de 8 de jul. de 2017. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> em relação ao número de ministros do STF; valor real de 18.882.566,5.

médios”³², portanto, a compreensão de razoabilidade será diferente da ideia geral da população. Não há de se falar em compreensão certa ou errada, apenas perspectivas diferentes.

Complementando o pensamento a respeito da interpretação de duração razoável, podem ser empregadas as palavras de Benjamin Hoadly “aquele que detém a autoridade absoluta para interpretar qualquer lei escrita ou falada, é quem verdadeiramente diz a lei em todas suas intenções e propósitos e não a pessoa que primeiramente as escreveu ou falou”³³. Releva registrar, diante desse contexto, a superação do positivismo exegético quando se conceitua de que a norma prepondera a lei por estar contida tanto nesta quanto nas decisões³⁴. Nesse caso, o problema do positivismo se dá através da separação de interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade.³⁵

Uma vez que cabe ao intérprete dizer o que significa duração razoável, decorre em impossibilidade criar uma regra única e abstrata que sirva para todas as hipóteses³⁶. De certo modo, relacionado com este pensamento, Canaris expõe que o Direito pressupõe acontecimentos de dimensão social³⁷, ou seja, não se pode esquecer que ele advém de fenômenos culturais, o Direito tem caráter “evolutivo” que se molda de acordo com a sociedade.

3 NORMA POSITIVADA

³² Entende-se que o magistrado está além do homem-médio em aspectos de interpretação da norma brasileira.

³³ HOADLY, Benjamin. apud GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. New York: The Columbia University Press, 1909. p. 100. Tradução do autor.

³⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 84.

³⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

³⁶ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo código de processo civil: temas inéditos mudanças e supressões*. Salvador: JusPodivm, 2015.

³⁷ CANARIS, CLAUS-WILHELM. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Berlim: Duncker und Humblot, 1983.

Ao considerar o positivismo relacionado às normas que dissertam acerca de “duração razoável”, determinados autores³⁸ propõem como prazo processual ideal o somatório resultante dos prazos aplicados ao processo. O principal embasamento para este posicionamento vem da concepção dos prazos estarem descritos em lei e, por consequência, traduzirem-se em objetividade. Esta corrente doutrinária, além de minoritária em relação a este aspecto, é alvo de duras críticas.

A segunda corrente doutrinária e a mais aceita, considera que a questão não pode ser resolvida por simples métrica aritmética.³⁹ Marinoni, parte dessa segunda linha de pensamento, expõe a inviabilidade desta concepção ao lecionar que, ao aplicar a noção de duração com tempo limitado ou prazo certo, “não se trataria de “duração razoável”, mas de “duração legal”, ou do simples dever de o juiz respeitar o prazo fixado pelo legislador para a duração do processo”⁴⁰. Portanto, cabe ao interprete dizer o que significa duração razoável pois decorre da impossibilidade de criar uma regra única e estrita que sirva para todas as hipóteses, o prazo razoável depende das peculiaridades do processo.⁴¹

4 AS DIFERENTES PERCEPÇÕES A RESPEITO DE RAZOABILIDADE

O entendimento de razoabilidade é variável quanto a perspectiva do observador, determinado fato pode, ao mesmo tempo, ser razoável para um e não razoável para outro. Obviamente, grande parte dos litígios judiciais são formados a partir dessa compreensão, em que cada parte acredita ter razão a

³⁸ GAJARDONI, Fernando (2003); HADDAD, Carlos Henrique (2004); SPALDING, Alessandra (2005). apud KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Em Busca de Critérios para a Conceituação do Tempo Razoável de Duração do Processo. In JARDIM, Afrânio (Coord.); AMORIM, Pierre (Coord.). *Comentários Pontuais às Reformas Processuais Civil e Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

³⁹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Em Busca de Critérios para a Conceituação do Tempo Razoável de Duração do Processo. In JARDIM, Afrânio (coord.); AMORIM, Pierre (coord.). *Comentários Pontuais às Reformas Processuais Civil e Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à Duração Razoável do Processo. *Revista Estação Científica*. v. 1, n. 4, out./nov. 2009. p. 89. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4304/artigo-5-revisado.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2017.

⁴¹ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo código de processo civil: temas inéditos mudanças e supressões*. Salvador: JusPodivm, 2015.

respeito de um determinado conflito, fazendo surgir a necessidade de um terceiro, fora da relação e sem interesse no objeto de discussão para determinar outro juízo de valor para o fato.

Ao se tratar do tempo razoável o mesmo se aplica, considerando, por exemplo, um período de dois anos, essa duração poderia ser um tempo razoável para um ser humano em meados de sua idade adulta com saúde plena. Ao mesmo tempo em que, para o indivíduo que em seus noventa e cinco anos e com saúde comprometida o mesmo espaço temporal não é razoável para a espera de uma decisão.

A sociedade vive em mundos interpretativos, decisões são realizadas com base no modo como os fatos são interpretados, assumindo então que aquilo que se percebe seja um dado objetivo da realidade.⁴² A compreensão de razoabilidade para cada um só poderá ser definida na perspectiva individual, e, com essas palavras, é possível entender que o conceito é diferente para cada parte. Durante muitos anos, a expressão “ponto de vista” tem sido entendida em caráter metafórico, enquanto ao certo, é uma realidade.⁴³ Um mesmo objeto pode ser estudado sob vários ângulos e perspectivas, bem como as palavras que possuem sentidos que vão além da semântica descrita em dicionário.

Paradoxalmente, o entendimento de duração razoável é determinado pela “não razoabilidade”⁴⁴, considerando a filosofia reducionista, este argumento é altamente válido pois, pela lógica, se o espaço de tempo não é caracterizado como “não razoável”, logo é adequado.

5 ANÁLISE CRÍTICA

⁴² REIS, Homero. *Coaching Ontológico: a teoria da decisão*. Brasília: Thesaurus, 2010.

⁴³ BANDLER, Richard. *Usando a mente: as coisas que você não sabe que não sabe: programação neurolinguística*. São Paulo: Summus, 1987.

⁴⁴ Em entrevista ao Estadão, têm-se, inclusive, as palavras ditas pelo Ministro Luiz Fux quando se pergunta qual a responsabilidade do atual código (1973) pela morosidade da justiça “Nós não sabemos o que é razoável, mas sabemos o que não é razoável.” Frase que buscava definir a problemática da promessa constitucional de razoabilidade na duração processual. RECONDO, Felipe. Mudança no processo civil pode reduzir em 50% o tempo de ações. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mudanca-no-processo-civil-pode-reduzir-em-50-o-tempo-de-acoas,559648>> Acesso em: 13 de jul. 2017.

Em estudo realizado pelo World Justice Project⁴⁵, é possível perceber que o Brasil é um país com amplo acesso à justiça⁴⁶, entretanto, a celeridade processual é extremamente baixa quando comparada com o resto do mundo. Em reflexão crítica, esta acessibilidade, pode ser entendida como alavanca para os baixos índice dos demais fatores, tendo em vista que a grande acessibilidade faz com que as pretensões judiciais surjam com maior frequência, sem a devida tentativa de acordo prévio. Na sociedade atual brasileira, é comum a busca pelo Judiciário por menor que seja a pretensão. Essa prática sobrecarrega o sistema de gestão judicial, tornando-o extremamente lento⁴⁷, por consequência impactando diretamente na celeridade processual e em demais fatores. Apenas o Superior Tribunal de Justiça, recebeu 260.021⁴⁸ novos casos (não criminais) no ano de 2015, como ponto comparativo, essa quantidade é quase semelhante à soma de todas as ações propostas nas Cortes Distritais dos Estados Unidos (279.036⁴⁹).

Em estudo realizado por Hofstede, que caracteriza as dimensões culturais de inúmeros países, o Brasil é um país que aceita a divisão social com base no poder e acredita que a sociedade não é igualitária. Além desse fato, assim como a maioria dos países latino-americanos, tem forte necessidade de

⁴⁵ THE WORLD JUSTICE PROJECT. *Rule of Law Index 2016*. Washington: The World Justice Project, 2016.

⁴⁶ Ressalta-se que o *World Justice Project* define como acesso à justiça a alcançabilidade em termos de consciência da existência de remédios para solução de controvérsias, capacidade de pagar ou obter representação e consultoria jurídica, acesso à corte sem precisar pagar taxas inconcludentes, não existência de obstáculos processuais (insensatos, que dificultem o acesso à justiça) e como se dão as barreiras físicas ou linguísticas na busca por justiça.

⁴⁷ Como mencionado no início da obra, certas práticas se perdem com o decorrer do tempo, perante o entendimento de lentidão processual da atualidade, uma boa prática adotada no passado Brasileiro que foi esquecida no decorrer dos anos é a de obrigatoriedade de tentativa de reconciliação através de juízes de paz como condição preliminar ao processo imposta pela Constituição Imperial. "Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum" BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 19 jul. 2017

⁴⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2016 – *Infográficos*: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e14.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2017.

⁴⁹ UNITED STATES COURTS. U.S. *District Courts – Civil Judicial Facts and Figures*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics/table/48/judicial-facts-and-figures/2015/09/30>> Acesso em: 21 jul. 2017.

regras, sistemas legais e burocráticos para a sensação de segurança⁵⁰. Diante dessas afirmações, claramente evidencia-se o motivo do descrédito por parte da população em meios alternativos de solução de litígio, como a conciliação.

CONCLUSÃO

As apreciações praticadas durante a compreensão do que é razoável ou não, são diversas, destoando a partir da perspectiva de cada parte até o conhecimento geral, não podendo possuir sentido único ou estrito, inclusive, devem ser adotadas ponderações em cada caso para definição do que é coerente. Por tal motivo, faz-se necessária a figura de indivíduos com conhecimento hermenêutico-jurídico, com o intento de produzir decisões que equilibrem a segurança jurídica e duração coerente do processo.

Jamais haverá um conceito único para palavras com significados abstratos, o que se pode definir são consensos sociais, embasados em lógica racional para que se tenha a duração do processo de modo que se agrade a maioria, sem contrapor os princípios constitucionais que regem nosso sistema legal.

Pode-se entretanto, realizar análise a partir da retórica de interpretação de níveis de linguagem jurídica, utilizando as considerações de Hart, em que se tem o ordenamento jurídico como união de diferentes tipos de normas (primárias e secundárias).⁵¹

Pelo princípio mencionado, a “duração razoável” positivada, é amparada pela norma secundária, sendo, portanto, seu significado, criado ao ser conectado ao caso concreto. Concebe-se então, um ciclo em que a partir da utilização de jurisprudência, torna tangível a compreensão de um período temporal razoável para processos semelhantes. A principal lacuna neste pensamento é a utilização de casos anteriores como parâmetro de medição, sendo que por sua vez, não costumam ser considerados como razoáveis quanto

⁵⁰ HOFSTEDE, Geert; HOFSTEDE, Gert Jan; MINKOV, Michael. *Cultures and Organizations: software of the mind*. 3. ed. New York: McGraw-Hill, 2010.

⁵¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

à duração como métrica para situações futuras. Entretanto, a partir do momento em que se tem um parâmetro de comparação métrica de duração temporal, não seria errado afirmar que a tendência consistiria na busca por proferir a sentença dada por tempo igual ou inferior, desse modo, reduzindo a duração processual.

Os aspectos que fazem com que a justiça brasileira seja considerada morosa, são na verdade, não somente um problema que deve ser atribuído ao judiciário. Grande parcela da morosidade advém da própria população, que sobrecarrega o sistema judicial. De modo que a entrada de processos no sistema seja maior do que a saída, formando “gargalos” que freiam a celeridade. De mesmo modo afirmam Grinover, Watanabe e Lagrasta Neto⁵² ao lecionarem que o alto grau de litigiosidade encontrado na sociedade moderna acarreta na sobrecarga de juízes e tribunais, e que quanto mais fácil o acesso à justiça, maior o número de processos.⁵³

Além da absurda quantidade de novos processos, têm-se o número excessivo de recursos e a pouca utilização de meios alternativos para solução do litígio. A duração razoável é vista como ramificação que compõe o devido processo legal. Por tal motivo, definir um prazo certo e determinado para definição da sentença poderia em alguns casos fazer sobreposição destes valores. Portanto, para cada caso deve existir uma forma de utilização da razão para resolução da sentença em tempo aceitável, sendo que, cabe às partes praticar atos que auxiliem a prestação jurisdicional em tempo hábil, evitando práticas dilatórias e litigância de má-fé. A utilização do judiciário deve ocorrer apenas quando não houver mais meios legais para solução do conflito.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO; Caetano (Coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional – Guia Prático para a Instalação do Setor de Conciliação e Mediação*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁵³ Em contraponto, a obstrução do acesso à justiça, acarreta em descrédito da magistratura, e utilização de vias alternativas violentas ou inadequadas para solução do conflito em questão. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO; Caetano (Coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional – Guia Prático para a Instalação do Setor de Conciliação e Mediação*. São Paulo: Atlas, 2013.

REFERÊNCIAS

BANDLER, Richard. *Usando a mente: as coisas que você não sabe que não sabe: programação neurolinguística*. São Paulo: Summus, 1987.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824)*.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>

Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 8 jul. 2017.

CANARIS, CLAUS-WILHELM. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Berlim: Duncker und Humblot, 1983.

CARRAHER, David William. *Senso Crítico: do dia-a-dia às Ciências Humanas*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Relatório 2016*. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/7d8fa9ae6f181c5625e73f8184f10509.pdf>> Acesso em: 8 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016 – Infográficos: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e14.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2017.

DATA WORLD BANK. Brazil. Disponível em: <

<http://data.worldbank.org/country/brazil>> Acesso em: 08 jul. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2000.

FERREIRA, Aurélio. *Dicionário Aurélio*. 5. ed. 2014.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo código de processo civil: temas inéditos mudanças e supressões*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Trad. Salma Tannus Muchail. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.

FREUD, Sigmund. *The Complete Introductory Lectures on Psychoanalysis*. Trad. James Strachey. New York: W. W. Norton, 1996.

GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. New York: The Columbia University Press, 1909.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO; Caetano (Coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional – Guia Prático para a Instalação do Setor de Conciliação e Mediação*. São Paulo: Atlas, 2013.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HOFSTEDE, Geert; HOFSTEDE, Gert Jan; MINKOV, Michael. *Cultures and Organizations: software of the mind*. 3. ed. New York: McGraw-Hill, 2010.

HURD, Heidi M. Interpretando as Autoridades. In: MARMOR Andrei. *Direito e Interpretação* (Ed). Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>> Acesso em: 8 jul. 2017.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Em Busca de Critérios para a Conceituação do Tempo Razoável de Duração do Processo. In: JARDIM, Afrânio; AMORIM, Pierre (Coord.). *Comentários Pontuais às Reformas Processuais Civil e Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à Duração Razoável do Processo. *Revista Estação Científica*. v. 1, n. 4, p. 89, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4304/artigo-5-revisado.pdf>> Acesso em: 21 jul. 2017.

MOORE, Michael S. Interpretando a Interpretação. In: MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2000.

MOREIRA, Alberto Camiña et al. *Nova reforma processual civil: comentada*. São Paulo: Método, 2003.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *O problema da razoabilidade e a questão judicial*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.

POSNER, Richard A. *Problemas da filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 6. ed. Tradução de Arménio Amado. Coimbra: A. Armado, 1997.

RECONDO, Felipe. *Mudança no processo civil pode reduzir em 50% o tempo de ações*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mudanca-no-processo-civil-pode-reduzir-em-50-o-tempo-de-acoas,559648>> Acesso em: 13 jul. 2017.

REIS, Homero. *Coaching ontológico: a teoria da decisão*. Brasília: Thesaurus, 2010.

ROBLES, Gregório. *O Direito Como Texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manole, 2005.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o Behaviorismo*. Tradução de Maria da Penha Villa Lobos. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

UNITED STATES COURTS. U.S. *District Courts – Civil Judicial Facts and Figures*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/statistics/table/48/judicial-facts-and-figures/2015/09/30>> Acesso em: 21 jul. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THE WORLD JUSTICE PROJECT. *Rule of Law Index 2016*. Washington: The World Justice Project, 2016.

CONCILIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL: MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS JUDICIAIS

Kátia Siqueira¹

RESUMO

O texto trata da conciliação pré-processual, método autocompositivo, fundamentando sua empregabilidade no processo judicial, a fim de que haja maior celeridade e implantação de cultura não adversarial e de responsabilidade social mediante conflitos. Explora os conceitos e identifica sua presença na legislação brasileira. Ressalta o aspecto cultural nos paradigmas de solução de conflitos. Aborda a crise da justiça e propõe a existência de lesão na função jurisdicional, marcada pela descrença nas instituições e na capacidade do Estado para tutelar eficientemente todas as causas em que é demandado. Trata dos fundamentos sociais, políticos e jurídicos da conciliação. Questiona a contribuição da conciliação ao processo judicial, hoje obrigatória por imposição legal, outrora removida do ordenamento por conclusão que era ineficaz e que promovia injustiça. Ressalta vantagem do paradigma 'ganha-ganha', pelo qual as partes conseguem voluntariamente atingir um acordo percebido como justo, em contrapartida à imposição judicial percebida como 'ganha-perde'. Revela a qualidade de elemento da democracia, promotor da participação popular direta na administração da justiça, e do direito fundamental ao devido processo justo.

Palavras-chave: Conciliação processual. Autocomposição. Efetividade jurisdicional.

INTRODUÇÃO

O presente texto aborda a conciliação pré-processual como método de resolução de conflitos judiciais. A razão que guia a escolha deste tema encontra-se alavancada pelo interesse no novo Código de Processo Civil (CPC), em vigor a partir de 2016, promovendo inovações impactantes na dinâmica jurisdicional. A intenção da pesquisa é a de conhecer, assim como a de contribuir para o conhecimento dos fundamentos da conciliação. Tal conhecimento é

¹ Advogada; Psicóloga; Especialista em Psicologia Clínica; Graduanda em Direito Processual Civil; Aluna especial do Mestrado em Direito.

preparatório no caminho para compreensão contextualizada dos resultados que serão obtidos a partir da intervenção conciliatória pré-processual, em função da mudança legislativa de paradigma, que determina a inserção da conciliação e/ou mediação como etapa obrigatória ao processo judicial.

Esta pesquisa foi realizada através de levantamento bibliográfico da literatura especializada, encontrada em livros e em artigos de periódicos, constituídos por meio físico, tanto quanto eletrônico. Ademais, foi consultada, conforme a pertinência, a legislação em três momentos diferentes sob critério de vigor: a lei brasileira histórica, a lei em vigor no presente, bem como aquela já publicada, mas que ainda não vigora no momento de construção do presente texto.

A fundamentação teórica referida neste trabalho, sobre a qual discorre-se, elabora os conceitos próprios dos institutos, métodos e técnicas de solução de conflito, seus fundamentos, o atual estado do sistema judicial no aspecto de efetividade da jurisdição e as perspectivas que se têm acerca da composição de conflitos no sistema judiciário brasileiro, a partir da aplicação do novo CPC. Os textos pesquisados na literatura especializada e na legislação foram essenciais para a compreensão panorâmica do tema abordado.

O desenvolvimento da atual pesquisa bibliográfico-documental mostrou-se capaz de proporcionar uma ampliação da visão acerca da relevância social e jurídica do tema problematizado. O item, que antes aparentava ser um ponto isolado no espaço, demonstrou ser parte de contexto social, histórico e jurídico, por vezes mostrando-se como figura, por outras como fundo, com potencial para funcionar como alavanca, num sistema carente de soluções para sua realização efetiva. Depreende-se, desta ampliação, que é necessário o preparo dos profissionais, especialmente a partir da Academia, para que possam dispor, com consciência e domínio de conhecimento, desta ferramenta de trabalho dada pelos recursos conceituais e técnicos da autocomposição.

A importância da exploração do tema em questão reside no fato de ser um procedimento, em que pese sua imposição legal imediata, que demandará

tempo e exercício para que venha a fazer parte da cultura jurídica de modo tão intuitivo e óbvio quanto o é o procedimento contencioso. Já de bastante tempo, a conciliação pré-processual vem sendo aplicada sistematicamente em determinadas situações judiciais. Os resultados alcançados pelo emprego da conciliação prévia ao processo são verificáveis nas estatísticas divulgadas pelo Poder Judiciário. Não somente os índices de acordo alcançados, como também das pesquisas de satisfação das partes demonstram-se alentadores de que a adoção da metodologia autocompositiva é caminho adequado e muito acertado na solução judicial de conflitos. No entanto, para que um instrumento seja bem utilizado e aproveitado com eficiência, é preciso ser compreendido em todas as suas dimensões, quais sejam de sua estrutura e dinâmica, do contexto, da finalidade, da aplicabilidade e dos resultados que usualmente promove. Em outras palavras, a destreza no emprego de ferramentas exige do operador conhecer o que ela é, quais são suas referências, para que serve, como se usa e que efeitos é possível obter a partir de sua aplicação. Esta convicção é motor no sentido de elaborar o tema ora abordado, com o fim de auxiliar o movimento de provocação acadêmica à discussão do assunto.

Cabe observar introdutoriamente que, seguindo a tendência da produção teórica predominante, o uso do termo “pacificação social” ocorre para definir o objetivo da jurisdição, seja ela hetero ou autocomposta. Principalmente nesta última, há provável consenso de que a solução autonegociada amplia o alcance da pacificação social, pois tem potencial de resolver o conflito social concomitantemente ao conflito judicial.

Fica assinalado que tal expressão – pacificação social – traz aparência de conteúdo mais ideológico do que técnico, talvez excessivamente otimista e repetida irrefletidamente, afinal, a sociedade é dinâmica e nunca alcança a pacificação em seu termo definitivo. Seu emprego ao longo do texto deve-se a uma questão de fidelidade às publicações consultadas, mas registra-se, de início, o questionamento sobre a adequação de seu emprego.

Os capítulos foram desenvolvidos com a seguinte sequência lógica: primeiramente explora-se o instituto da autocomposição e seus métodos de

solução consensual de conflitos, confrontando o uso dos dizeres técnica alternativa e alternativa técnica. Expõe-se como a lei nova prevê sua utilização e é feita ponderação sobre a prevalência ou secundariedade dos institutos da autocomposição e heterocomposição relativamente um ao outro.

Continuando, na primeira parte do artigo, foram pontuados conceitos e definições pertencentes ao tema. É demonstrado que a legalização do uso da autocomposição no processo judicial não se trata de uma inovação de métodos. Não obstante, é inovação de paradigmas, cuja aceitação está estreitamente ligada à cultura dominante na sociedade.

O tópico tratado na segunda parte é a crise da justiça. Tal crise é composta de elementos tais como a incapacidade de o Poder Judiciário responder efetiva e satisfatoriamente à demanda crescente ocasionada pelas mudanças sociais, legais e do setor da informação. Propõe-se a ideia de lesão funcional da função jurisdicional, recorrendo sobre a abordagem de vários autores acerca do problema e sobre os recursos que os atores judiciais têm lançado mão para sua solução.

A terceira parte, trata dos fundamentos e elementos da conciliação. É construída a distinção entre o conteúdo de cada fundamento, social, político e jurídico, ainda que não se possa desconsiderar que é uma divisão de caráter didático, pois um sistema desenvolve-se como todo, e não é diferente com o método conciliatório inserido no fluxo processual. Os elementos da conciliação são o ponto mais relevado da pesquisa, uma vez que já foram estabelecidos os parâmetros e a contextualização que importam para sua compreensão. Explora-se, então, como é feita a aplicação dos métodos de autocomposição, a saber, a mediação e a conciliação, com a preocupação de clarificar a distinção entre ambos e suas peculiaridades.

Concluindo a pesquisa, se procede uma reflexão sobre a importância da autocomposição no processo judicial, sobre as justificativas que alicerçam sua escolha, e ainda sobre a necessidade de formação de conciliadores e mediadores capacitados e em número suficiente para atender à demanda.

Longe de encerrar o assunto, certamente ainda há bastante a ser explorado, especialmente no que diz respeito a estudos baseados nos resultados da prática conciliatória pré-processual, a partir da vigência do novo CPC, com vistas a conhecer o efeito colhido pela aplicação da nova proposição legal. Ações como esta são indispensáveis no sucesso das mudanças, implicando resultante de extrema importância na regulação da prática como também na retroalimentação do sistema com fins de aperfeiçoá-lo. Neste sentido, é oferecida aqui esta minúscula contribuição

1 O INSTITUTO DA AUTOCOMPOSIÇÃO

Nesta primeira parte, foram reunidos conceitos relevantes à compreensão do tema tratado, como institutos e metodologia para solução de conflitos, crise da Justiça, efetividade jurisdicional, fundamentos da conciliação, definição de termos, comparação de paradigmas, mudança de paradigma e outros pontos, com o objetivo de compreender parâmetros teóricos, conceituação e definições terminológicas e a interrelação dos vários aspectos pertinentes ao tema explorado.

1.1 A ilusão da secundariedade

O Código de Processo Civil, dado pela Lei 13.105 de 16 de março de 2015, traz a novidade de que a conciliação e a mediação passam a fazer parte obrigatória no procedimento judicial. Na redação do Artigo 3º, §3º, da mesma lei, está disposto o seguinte:

A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015).

Denominou de "métodos de solução consensual de conflitos" as alternativas ao método não- consensual e impositivo, da já consagrada forma de decisão judicial. Ampliam-se as alternativas metodológicas, enriquecendo as possibilidades do processo judicial.

Inova a legislação processual, ao incluir a obrigatoriedade da estratégia da consensualidade como requisito ao andamento do processo, pelo estabelecido no Capítulo V, intitulado "Da audiência de conciliação ou de mediação". Há obrigatoriedade desta etapa, que será dispensada apenas em casos de indisponibilidade do bem discutido e por manifestação expressa de ambas as partes. O Artigo 334 deste capítulo prescreve o momento e a forma da conciliação:

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.". [...]

§1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições dalei de organização judiciária.

§2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§4º A audiência não será realizada:

- Se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
- Quando não se admitir a autocomposição.

§5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos dalei.

§8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§10 A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§11 A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§12 A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte (Brasil,2015).

Releva observar que a conciliação e a mediação previstas na Lei em comento são incluídas na categoria "métodos de solução consensual de conflitos" e tratadas como meios de autocomposição. O Código não menciona o termo "método alternativo de solução de conflitos", como tornou-se usual na literatura especializada. Numa forma costumeira, a aplicação da palavra "alternativo" a um campo científico é feita com um lastro depreciativo quando compara outro objeto ou campo científico, ao qual se aplica o termo "tradicional". O que pode parecer um detalhe sem poder de influência, talvez seja relevante na percepção social e na construção de uma nova cultura não-adversarial de resolução de desacordos. Quando o substantivo "técnica" é qualificado pelo adjetivo "alternativa" significa que ela não é principal, e que por suposto, deve haver outra que seja principal. Ao expressarmos "alternativa técnica", alternativa passa a ser o substantivo qualificado por ser de aspecto técnico. Neste caso nos referimos à hipótese de haver mais de uma técnica aplicável em determinada situação. Não há, neste último caso, valorização comparativa, nem gera expectativa de subordinação ou depreciação de uma com relação à outra. Poderíamos alegar, sim, que alternativo é o uso da autocomposição no procedimento judicial, o qual lança mão massiva e tradicionalmente da heterocomposição. A autocomposição, no entanto, não tem, em si mesma, a qualidade de alternatividade como secundariedade, sendo tão tradicional, histórica e longa quanto a heterocomposição, o meio pelo qual é exercitada a jurisdição. Este raciocínio permite equiparar o valor do método compositivo realizado por imposição da decisão de terceiro imparcial, ao valor do método compositivo realizado pela decisão consensual das partes.

Pressupõe-se que haja, portanto, respeitabilidade e credibilidade social e jurídica tanto em um quanto em outro instituto. Luchiari (2012, p. 9) pondera: “pois ambos coexistem e possuem um escopo maior, que é a restauração da paz social”.

[...] tem-se atualmente a equivocada noção de prevalência ontológica da solução jurisdicional sobre os meios não-judiciais de pacificação social, quando, sob o prisma do escopo social da jurisdição, os métodos tendem à, no mínimo, equivalência teleológica. (HIGA, 2012, p. 62).

O autor supracitado continua: “necessário escoimar o raciocínio baseado em credences que não se validam científica e empiricamente, como a arraigada aversão à atividade conciliatória”. Desenvolve texto relativo à cultura de cooperação, demonstrando como ocorrem na Inglaterra os protocolos de *pre-action* e *offer to settle* (pré-litígio e oferta de acordo), aplicados ao processo civil.

Em resumo, o que se pode perceber é que os métodos alternativos de solução de conflitos não podem ser vistos apenas como meios ou métodos praticados fora do Poder Judiciário, como sugere o adjetivo “alternativo”, utilizado para qualificá-los, mas devem ser vistos também como importantes instrumentos, à disposição do próprio Poder Judiciário, para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça, havendo uma complementaridade entre a solução adjudicada, típica do Poder Judiciário, e as soluções não adjudicadas (LUCHIARI, 2012, p. 123).

Com relação à secundariedade do instituto da autocomposição, em específico ao método da conciliação prévia, numa referência à Chiovenda: “Por outro lado, também não pode ser esquecido que o exercício da função jurisdicional não é o caminho natural para a resolução dos conflitos, mas sempre uma atividade de substituição.” (LUDWIG, 2011, p. 299).

1.2 O paradigma da autocomposição

Para uma compreensão clara do objeto em estudo, seus termos precisam ser definidos com clareza. Organizando-os conceitualmente, pode-se concluir que a autocomposição é um instituto (figura jurídica de caráter permanente) composto pelos métodos (meios sistematizados) de mediação e conciliação, formados por um arcabouço de técnicas (particularidades práticas aplicáveis nas

sessões), a exemplo da declaração de abertura, do resumo dos relatos das partes e da recontextualização das falas das partes.

Grinover (2007, p. 16) menciona a ocorrência, na sociedade contemporânea, de um renascimento do instituto da autocomposição. Atribui este ressurgir a uma evidente crise da Justiça, que não comporta hoje a solução das demandas de modo fluido e eficiente. Relaciona, como elementos desta crise, entre outros, a morosidade e o custo processual, a gestão burocrática que complica a via procedimental, a obstrução das vias que promovem acesso à Justiça, assim como o distanciamento entre Judiciário e seus usuários. Em função de tal crise, buscam-se novos caminhos, que "levaram ao renascer do instituto, em toda parte.", referindo-se ao instituto da autocomposição. De certo que uma palavra desperta curiosidade no texto da autora citada: renascimento. Deduz-se que só pode renascer aquilo que já era nascido. O instituto da autocomposição está reiteradamente presente na história, como recurso primário para solução de conflitos.

Na legislação nacional, sua relevância era considerada de tal forma que constava dos artigos 161 e 162 da Constituição de 1824 (BRASIL, 1824), passou por etapas históricas de exclusão e inclusão e, somente agora, readquire lugar formal na obrigatoriedade da sistemática processual. Após instaurada a primeira Constituição Republicana em 1889 (BRASIL, 1889), um decreto de 1890 (BRASIL, 1990) aboliu tal instituto da Constituição porque verificava falhas no processo que expunham o cidadão até mesmo à coação para transigir, e os Estados foram autorizados a legislar sobre processo, tendo alguns adotado o procedimento de modo facultativo.

O CPC de 1939 (BRASIL, 1939) não o adotou, e a CLT de 1943 (BRASIL, 1943) institui como obrigatório ao processo trabalhista. Em 1949 (Brasil, 1949) passa a integrar os processos de desquite litigioso. O CPC de 1973 (BRASIL, 1973) reforça que se lance mão, sempre que possível, ao longo do processo civil, o que foi incluído na Lei dos Juizados Especiais em 1995 (BRASIL, 1995). O CPC de 2015 (BRASIL, 2015) o estabelece de forma obrigatória no processo judicial. O ressurgimento da conciliação como

procedimento institucionalizado para resolução de conflitos não é fenômeno exclusivamente nacional.

Hoje, pode-se falar de uma cultura de conciliação que conheceu impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, importantes desdobramentos, indicando, como foi salientado, não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas assumindo também relevante papel promocional de conscientização política. (GRINOVER, 2007, p.17).

A inserção formal da autocomposição no procedimento judicial brasileiro, na verdade, não consiste de inovação de métodos, mas inovação de paradigmas, que permitem o uso de outros caminhos para que se alcance a solução em situações conflitantes judicializadas. Transforma-se o paradigma de que somente "O Estado é verdadeiro detentor do poder de dirimir conflitos e promover a paz social." (MENDES, 2009, p.121), cabendo a ele toda decisão sobre como se resolverá o conflito entre partes, para um novo paradigma no qual o Estado-juiz pode assumir para si o gerenciamento dos processos, também dando condições e suporte às partes para que elas mesmas possam encontrar uma solução equilibrada e satisfatória para ambas. Alves (2012, p.325) define a característica da conciliação como a "titularidade do poder de resolução estar depositado nas mãos das próprias partes envolvidas na contenda, as quais alcançarão a pacificação social através de concessões recíprocas". Quando a sociedade, assim como seus indivíduos, tem oportunidade de construir suas próprias soluções, ela torna-se mais madura, consciente de suas capacidades e responsabilidades, e mais capacitada de alcançar desenvolvimento e melhoria da qualidade social de vida.

Ludwig (2011, p. 308) trabalha com a ideia de que é necessário quebrar o que chama de "dependência química" do judiciário, numa disseminada cultura paternalista e indiscriminadamente judicializadora de todos os conflitos, dando a terceiro o papel de encontrar soluções. Defende o ponto de vista de que a obrigatoriedade da conciliação é pedagógica, é o meio mais idôneo de solução de conflitos, demonstra a civilidade, responsabilidade e maturidade para o

exercício da cidadania, da perspectiva que as pessoas participam ativamente do processo e contribuem para a construção de soluções que, de outra forma, determina sua passividade mediante uma decisão imposta, e que sendo um dos fatores de excesso de demanda judicial, “ainda prejudica paradoxalmente a própria promessa constitucional de acesso à justiça.”, pois se frustra neste direito a possibilidade de receber a tutela jurisdicional num “processo de resultados”. Sua crítica é destinada à cultura de não- responsabilidade social.

A cultura é um elemento dinâmico nas sociedades. Também é particularizada em cada uma delas. Cahali (2013, p. 71) menciona que “Em países de cultura menos contenciosa, como China e Japão, o simples ajuizamento de ação judicial pode ser considerado uma vergonha, caso não se tenha tentado um acordo antes.”. E continua:

Na China, em especial, se tem notícia da mediação há 4.000 anos, com 10 milhões de mediadores, número muito maior do que os 110.000 advogados. Nestes países, tentar um acordo antes de envolver o Estado-juiz é uma imposição dos costumes, hábitos, concepções sociais, da cultura, enfim, e não necessariamente da legislação (CAHALI, 2013, p. 71).

Em nossa sociedade, o benefício da renovação paradigmática na formalidade processual estende-se para além da ampliação das chances de solução eficiente da crise de inoperância do sistema judicial. Somado a isto, ele possibilita a abertura da presente cultura judicial, marcadamente adversarial, à uma cultura de soluções baseada na atitude cooperativa. Embora inicialmente imposto por lei, também é um caminho válido para provocar a renovação dos valores sociais ligados ao litígio. Está registrado que

A afirmação de que o juiz deve preferir a solução consensual do conflito à solução adjudicada é extremamente salutar, e pode vir a ser responsável por uma mudança de mentalidade, criando-se, a partir daí a cultura da justiça coexistencial. (CÂMARA, 2005, p. 16).

A renovação do paradigma judicial está sendo feita pelo renascimento do instituto da autocomposição, através de sua inclusão nas formalidades procedimentais, visando a harmonização social pela prática da conciliação. A

troca de paradigmas implica alteração de referenciais culturais, o que nem sempre ocorre de forma desembaraçada, especialmente não sendo parte de um processo sociocultural espontâneo. A formalização desta mudança paradigmática decorre da necessidade de resultados melhores, da capacidade inovativa das pessoas que interferem na resolução conflitual, da reflexão produtiva baseada nas experiências bem-sucedidas de conciliação, que já vem sendo feita nos juízos, e da exaustão dos paradigmas já existentes. Nos dizeres de Alves (2012, p. 320), "É o que se chama de exaustão paradigmática, que ocorre quando a teoria básica de determinada ciência não consegue oferecer soluções ou respostas técnicas aos problemas que se propunha resolver."

Em que pese haver "um ranço beligerante impregnado no meio jurídico, que considera esta harmonização um método menos sofisticado de resolução de quizila, tendo, na tutela jurisdicional, o contraponto evolutivo decorrente do aprimoramento das civilizações" (HIGA, 2012, p. 61), a almejada "cultura de conciliação" (GRINOVER, 2007, p. 17), ou também chamada de "justiça coexistencial" (ALVES, 2012, p. 319), consiste de uma

Tentativa de ruptura paradigmática no modelo adversarial de solução de conflitos, operando-se a transição de uma "cultura do litígio" para uma "cultura de paz"; é algo que atende aos princípios democráticos da constituição federal de 1988, na medida em que converge para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art.3º, I), e que privilegia a solução pacífica dos conflitos (Art.4º, VII), (HIGA, 2012, p. 61).

O novo Código de Processo Civil adota, portanto, ambos institutos compositivos no procedimento para resolução de conflitos judicializados. Não demonstra atribuir valoração hierárquica a nenhum dos dois. Por outra, impõe estratégia otimizadora do processo judicial, que segue um curso lógico do menos para o mais gravoso, no que diz respeito à autonomia decisória das partes.

Os desacordos relacionais, de uma forma geral, podem ser resolvidos por meios que evoluem numa escala que se intensifica, desde o ponto em que se privilegia a autonomia completa, quando as duas partes transacionam diretamente chegando a um acordo, até o ponto em que um terceiro imparcial

determina impositivamente a solução para o caso. Na autocomposição processual não há autonomia completa das partes, pois o terceiro está presente na figura do mediador/conciliador determinado pelo próprio Judiciário. Há suporte ambiental e procedimental que propicia a elas exercerem sua capacidade de lidar construtivamente com o desacordo a respeito do bem jurídico. O sistema jurídico, ao permitir a autocomposição, proporciona às partes direito a terem voz ativa e participação criativa na construção de resolução desejável e consensual para o dissenso.

A mediação e outras metodologias podem facilitar o diálogo e prover destrezas para a resolução de situações conflitivas. No curso do processo resultante, os sujeitos comprometidos têm a possibilidade de adquirir habilidades necessárias para resolver por si mesmos as diferenças que podem, eventualmente, ser suscitadas no futuro com seus pares, familiares e colaboradores, ou em sua comunidade.

Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona com uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina “ganhadora”, e outra, “perdedora”. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais (SCHNITMAN, 1999, p. 17).

A previsão de obrigatoriedade, no CPC, para a aplicação da metodologia de autocomposição, anteriormente a que se proceda à heterocomposição judicial, é artifício válido e legítimo para a consecução de uma prestação jurisdicional mais ágil e eficiente. A expectativa é de que as estatísticas judiciais positivas no sentido de acordo, já produzidas hoje, sejam ampliadas e possam registrar um aumento no número de acordos pré- processuais (que são aqueles anteriores à distribuição). Resultados quantitativos podem ser verificados através dos números que constatarem a proposição de ações, comparados aos que registram a distribuição efetivada nas mesmas amostragens e de outros indicadores estatísticos específicos. Resultados qualitativos podem ser verificados por instrumentos como pesquisas de satisfação, (que já vêm sendo feitas após as sessões de conciliação pré-processual) e têm o potencial de

refletir na sociedade como todo, com a disseminação da cultura de conciliação e o amadurecimento social frente às possibilidades de resolução de conflitos.

2 A CRISE DA JUSTIÇA

O mencionado ressurgimento da conciliação como método institucionalizado de solução de conflitos está estreitamente vinculado à atual crise de eficiência da justiça. É recurso metodológico, do qual se lança mão, com vistas a otimizar o desenvolvimento processual e melhorar o sistema como todo. Exploramos, a seguir, aspectos principais do que se convencionou a chamar por “crise da justiça” e pesquisamos os fundamentos da conciliação, os quais justificariam seu uso como recurso para solucionamento efetivo de referida crise.

Num artigo publicado em jornal de grande circulação, no auge das revelações de enorme escândalo provocado por corrupção institucionalizada e que traz grandes prejuízos ao País, dois juízes afirmam a existência de uma crise é o momento oportuno para ação construtiva para a mudança. Ainda que se expressando ao ramo específico do direito penal, esta experiência certamente reflete a justiça como todo:

O Brasil vive momento peculiar. A crise decorrente do escândalo criminal assusta. Traz insegurança e ansiedade. Mas ela também oferece a oportunidade de mudança e de superação. Se a crise nos ensina algo, é que ou mudamos de verdade nosso sistema de Justiça Criminal, para romper com sua crônica ineficiência, ou afundaremos cada vez mais em esquemas criminosos que prejudicam a economia, corrompem a democracia e nos envergonham como País (MORO; BOCHENEK, 2015, p. 2).

Qualquer situação em estado crítico indica prontidão para a mudança. A crise pressupõe que as coisas já não estão no estado em que estavam ou deveriam estar. Um organismo ou sistema submetido a uma situação crítica é afetado por falhas no seu desempenho, impedimentos para suas capacidades, insucessos em seus resultados, e ocorrência de *laesa functio*, nem sempre reversível. O extremo da mudança trazida pela crise é a morte. Numa visão mais otimista, diz-se que crises trazem oportunidade para mudar. Também trazem

esta chance, mas às vezes, o otimismo excessivo implica escapar ao senso de realidade, pois, a necessidade se sobrepõe à mera chance, na medida em que o momento urge redirecionamentos, sob pena de não mais ser possível retroceder.

Muito se fala hoje numa crise continuada que atinge o Judiciário. Seus elementos são relativos ao que toca 'dizer o direito de forma justa e num tempo razoável', mediante a demanda crescente do contencioso, frente ao aguçamento da capacidade de crítica social alimentada pela fluidez da informação veiculada hodiernamente. Tudo isto desemboca numa sensação generalizada de insatisfação, injustiça, falta de credibilidade dada pela ineficiência ou eficiência insatisfatória na prestação da tutela jurisdicional. Mesmo os agentes do Judiciário sentem-se frustrados e preocupados, haja vista o teor da citação acima. Na medida em que muitos indivíduos são cronicamente afetados, forma-se uma crença social de que é inócuo tentar resolver conflitos judicializando-os. Há uma insatisfação social generalizada com a prestação da tutela jurisdicional estatal. Quanto a este sentimento, define a doutrina:

E a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator antissocial, independentemente de uma pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. Inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio *jus punitiois* do Estado em determinada situação concretamente considerada: sendo o valor *liberdade* uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição da parte de ninguém, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 28).

A descrença nas instituições e na capacidade de o Estado exercer a tutela eficientemente é uma crise, que traz no seu bojo um grande risco: o da assunção de que a única saída é a autotutela. Não é incomum o noticiário trazer relatos que demonstram tal postura: ladrões sendo humilhados e amarrados nus a postes, linchamentos, reações violentas vingativas a tentativas de roubo, punições a desafetos e outros ilícitos cometidos por pessoas comuns do povo, que perderam os limites, porque não creem mais numa ação estatal justa. A

fraqueza ou incompetência do Estado gera um estado de anomia, pois de nada vale a legislação, quando não é devidamente aplicada.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como não havia sequer as leis (normas gerais abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. [...] A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto de vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 29).

A atual crise parece ter atingido o estágio de *laesa funcio*. Existe lesão na função jurisdicional e o próprio Judiciário manifesta-se frequentemente em busca de soluções. A função à qual nos referimos é aquela que Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p.27) definem como "a função ordenadora, isto é, a coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificam entre seus membros."

Em se tratando de crise que afeta continuamente os resultados do sistema, não parece cabível falar em uma só causa de origem. O número insuficiente de julgadores, ausência de financiamento adequado para a infraestrutura, a taxa de congestionamento, desproporção entre demanda social e prestação do serviço jurisdicional, grande aumento no rol de direitos fundamentais assegurados a partir da Carta de 1988, a multiplicação de instrumentos postos à disposição para que sejam exigidos tais direitos, o despreparo estrutural do Poder Judiciário para lidar com a explosão de acessos, o número de recursos possível e a procrastinação por eles, acesso para resolução de conflitos de natureza política, a burocratização, o excessivo formalismo, a legislação que não consegue acompanhar na mesma velocidade as

transformações sociais, a complexidade das demandas em função do desenvolvimento tecnológico e globalização, são todos estes fatores arrolados como provocadores da atual crise da justiça:

[...] não é possível determinar sua origem como proveniente de uma só causa, mas do desenvolvimento de um conjunto de fatores que, convergentes entre si, agravaram-se no decorrer do tempo, produzindo como resultado final uma ineficiência generalizada na prestação jurisdicional (ALVES, 2012, p.320).

Referindo-se especificamente à morosidade da Justiça, apontando que ela "causa a disfunção dos direitos e sabe-se que possui causas concretas", Souza (2008, p.163) diagnostica o "excesso de leis, deficiência do sistema processual, caráter humano do processo, burocracia dos procedimentos e etapas mortas do processo, excesso de recursos, o desinteresse do problema pelos Municípios, Estados e União" como determinantes na configuração atual do problema, e a autora lembra que o direito à duração razoável do processo judicial é norma constitucional de eficácia plena, portanto, não se justificando nenhuma retenção para que seja cumprida.

Grinover (2007, p. 17) nota que a crise que leva "à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários", provoca descrédito da magistratura e dos operadores do direito, mas tem "como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas". Ressalta que o acesso de um número cada vez maior de pessoas ao Judiciário e variedade crescente de tipos de causas formam, na expressão dela "uma bola de neve" que sobrecarrega cada vez mais o sistema.

Com relação à eficácia plena da norma, é possível afirmar que o papel comporta traços os quais a realidade nem sempre consegue absorver e concretizar. A retificação do curso de um sistema complexo como o judicial não se faz unicamente por via da determinação legal, em que pese ser ela instrumento indispensável a certas medidas. A prescrição formal não prescinde ter o suporte cultural, a decisão política no sentido lato, e o engajamento na execução dos

procedimentos que podem trazer a solução para as crises. O direito à duração razoável do processo vincula-se ao conceito último do direito de acesso à justiça: direito a uma ordem jurídica justa num processo de resultados, com efetivação da tutela jurisdicional.

Imaginar que o direito de acesso à tutela jurisdicional seja, simplesmente, poder ir a juízo por intermédio do procedimento legalmente fixado, independentemente de sua idoneidade à efetiva tutela dos direitos, seria o mesmo que inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual, sendo que o processo, então, daria os contornos do direito material e não o contrário. Embora se desenvolva sob várias formas, é necessário que o processo seja adequado à sua finalidade precípua, vale dizer, à tutela da situação concreta. É assim que o Poder Judiciário - enquanto Administração - obedece ao princípio da eficiência administrativa em favor do jurisdicionado - enquanto administrado. Sob outro ângulo do mesmo enfoque, o direito ao acesso à Justiça visa garantir uma melhor definição das relações entre o Estado e cidadão, bem como quanto aos particulares entre si, assegurando a defesa de direitos, segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado e impondo ao Poder Legislativo que confira operacionalidade prática à defesa destes direitos. Sobre o tema dissertam com muita propriedade CAPPELLETTI e GARTH: O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direito é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (LUDWIG, 2011, p. 297).

Souza (2008, p. 137) pondera sobre a função sócio-político-jurídica do processo, afirmando que é insatisfatória a mera formalização do direito que não assegura ou disponibiliza meios concretos para o alcance da efetividade com tempo razoável na prestação jurisdicional.

O legislador ao elevar, como princípio constitucional, o direito ao razoável prazo de tramitação processual, impôs ao Estado o compromisso para com a sociedade de promover maior efetividade ao processo como corolário ao já consagrado direito ao acesso à justiça, porquanto insignificante será tomar parte se não auferir a tutela em momento hábil e real a realizar justiça. Destaca-se assim sua importância como pressuposto para o exercício pleno

da cidadania nos Estados Democráticos de Direito, garantindo aos cidadãos a concretização dos direitos que lhes são constitucionalmente assegurados (SOUZA, 2008, p.139).

A lesão à função do sistema jurisdicional começa a ser revertida a partir dos próprios agentes da jurisdição. A constatação do problema é o primeiro passo e já foi dado. O seguinte é a busca por diagnosticar as causas do problema. O diagnóstico vem sendo construído e repercutido em larga escala pela literatura especializada, pela Academia e pelos agentes do Judiciário. A dificuldade na busca pela solução está no fato de que ela não é simples, única, unidirecional, mas complexa, multifatorial e multidirecional. Propostas e providências são adotadas no sentido de reverter o quadro de inoperância e insatisfação. Alguns recursos têm sido implantados com sucesso. A autocomposição como método de resolução de conflitos é um deles. Já experimentado no procedimento judicial e com bons resultados, agora torna-se obrigatório pela letra do CPC publicado em 2015.

Movimentos de estímulo à conciliação, à mediação e à desjudicialização de procedimentos são benéficos se permitem uma solução que salvaguarda o núcleo essencial da função jurisdicional: pacificação com Justiça. Justamente por isso coaduna-se com o acesso à Justiça a institucionalização dos meios consensuais, pois perpassam por universalização, celeridade e adequação (SILVA, 2013, p. 326).

A autora afirma que a pacificação com Justiça, atende a prestação jurisdicional com efetividade, firmando a preponderância de seu escopo social, que podemos expandir para a função social do processo. Baseia suas afirmações no seguinte:

A instrumentalidade do processo. Escopo social. O exame da legitimidade do Estado e do poder conduz naturalmente a observar e medir a capacidade, que aquele tenha e desenvolva mediante o exercício deste, de organizar convenientemente a vida em sociedade, ajudando cada um dos membros desta a realizar suas aspirações individuais, conservando e desenvolvendo bens e valores. Espera-se que, mediante a dinâmica do poder, o Estado chegue efetivamente aos resultados propostos, influenciando favoravelmente a vida do grupo e de cada um dos seus componentes.

Assim a jurisdição, como expressão do poder político. Saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade (DINAMARCO, 2009, p.158).

Mendes (2009, p.121) sintetiza a crise da Justiça no fato de que, sendo o Estado o verdadeiro detentor do poder – concretizado no Poder Judiciário – para dirimir conflitos sociais e pacificar, foi atingido pelas inúmeras transformações mundiais provocadas pela evolução e pacificar, foi atingido pelas inúmeras transformações mundiais provocadas pela evolução social, e, em especial, pelo modelo democrático social. Este implica em maior valor das liberdades individuais garantidos pelo acesso à justiça, devido processo legal e tutela jurisdicional. No entanto, para atender a este novo modelo, especialmente marcado pela Constituição de 1988, o Estado se vê mediante a necessidade de desenvolver novas técnicas para assegurar maior acesso e mais efetividade na atuação do Poder Judiciário. A crise na Justiça pode ser, neste caso, resumida por um descompasso entre a possibilidade ou acessibilidade do cidadão – individual ou coletivamente – à justiça, e o despreparo técnico e tecnológico do Estado, responsável pela tutela jurídica, absorver, processar e resolver eficientemente a crescente demanda pelo dizer justo.

3 A CONCILIAÇÃO

3.1 Fundamentos da conciliação

Constata-se que a conciliação é método ancestral de resolução de conflitos, tanto quanto a jurisdição por sentença. Falou-se em renascimento do instituto, em busca de novas soluções por ocasião da crise na Justiça, em alteração de paradigmas e em mudança de cultura adversarial para cultura de cooperação.

Até o momento, a quase absoluta maioria das informações obtidas nos conduz no sentido de que a conciliação é, por si, uma ferramenta muito útil, um recurso eficiente, um método aprovado a ser aplicado na resolução de

dissensos. Mas é de indagar porque a conciliação, na vigência da República, foi retirada por decreto (1890) antes mesmo da publicação de nova Constituição (1891). Presente na Constituição Imperial de 1824 e hoje revalorizada a ponto de ser reintegrada no Processo Civil como obrigatória. Há evidências de que a conciliação não é imune a resultados indesejáveis. Com objetividade, Didier (2014, p.212) alerta que “A autocomposição não pode ser encarada como panaceia.”

O Decreto nº359/1890 abole a conciliação como formalidade preliminar ou essencial e dá plena liberdade às partes, que estejam na livre administração de seus bens, ou seus procuradores legalmente autorizados, para resolverem a causa, em qualquer estado ou instância e nos casos admissíveis, mediante escritura pública, através da desistência, confissão ou transação. No texto do referido decreto há explicação das causas que levaram à tal abolição, que abre entendimento para a lógica da providência adotada.

Decreto nº 359, de 26 de Abril de 1890

Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas cíveis e commerciaes [...] considerando:

Que a instituição do juizo obrigatorio de conciliação importa uma tutela do Estado sobre direitos e interesses privados de pessoas que se acham na livre administração de seus bens e na posse da faculdade legal de fazer particularmente qualquer composição nos mesmos casos em que é permitido a conciliação, naquelle juizo, e de tornala effectiva por meio de escriptura publica, ou por termo nos autos e ainda em juizo arbitral de sua escolha;

Que a experiencia ha demonstrado que as tentativas de conciliação no juizo de paz sómente são bem succedidas quando as partes voluntariamente comparecem perante elle nas mesmas disposições, em que podem produzir identico effeito os conselhos de amigo commum, o prudente arbitrio de bom cidadão á escolha dos interessados e ainda as advertencias que o juiz da causa, em seu inicio, é autorizado a fazer na conformidade da ord. liv. 3º, tit. 20, § 1º; Que, entretanto, as despesas resultantes dessa tentativa forçada, as difficuldades e procrastinação que della emergem para a propositura da acção, e mais ainda as nullidades procedentes da falta, defeito ou irregularidade de um acto essencialmente voluntario e amigavel, acarretadas até ao grão de revista dos processos

contenciosos, além da coação moral em que são postos os cidadãos pela autoridade publica encarregada de induzilos a transigir sobre os seus direitos para evitar que soffram mais com a demora e incerteza da justiça constituída, que tem obrigação legal de dar promptamente a cada um o que é seu [...] (BRASIL, 1890).

Os motivos expostos dão conta de que, o melhor sucesso da conciliação obrigatória é obtido nos casos onde as partes se voluntariam para a conciliação. Aponta a justificativa que, exceto estes casos nos quais as partes desejavam conciliar, havia consequente aumento das despesas, em função de dificuldades, nulidades e procrastinação para propor a ação, no caso da conciliação realizada numa fase anterior ao processo pelo Juiz de Paz. Somando-se a tais argumentos, justifica a desobrigação desta forma de conciliação pela ocorrência de coação moral aos cidadãos, imposta pela autoridade pública encarregada, induzindo ao acordo. Alegava, ao coagir, que seria melhor transigir sobre seus direitos para evitar a exposição à demora e incerteza da justiça constituída, à qual pertence a obrigação de “dar a cada um o que é seu”. Apoia-se no clamor público, na impugnação de muitos jurisconsultos e no direito comparado, afirmando que, em muitos países, a conciliação nunca teria sido admitida, ou já teria sido abolida. Nas considerações, afirma que o Estado, considerando formalidade essencial e obrigando à conciliação, tutela os interesses privados e faz-se, portanto, responsável por seus resultados.

O contexto fundamentado do Decreto 359/1890 parece refletir uma realidade muito semelhante à atual. Há uma crise de despesas, dificuldades, nulidades e procrastinação processual que não permite o objetivo jurisdicional de pacificação com justiça. A providência legal, entretanto, tem rumo justamente no inverso da que hoje se lança mão: em 1890 a conciliação passa a ser desobrigada nas causas civis e comerciais (hoje se lança mão: em 1890 a conciliação passa a ser desobrigada nas causas civis e comerciais (hoje apenas civis), já em 2015, passa a ser obrigada. A comparação nos induz a inferir sobre o que atribuiria coerência às decisões de incluir ou excluir o mesmo procedimento como obrigatório na lei, mediante razões tão semelhantes e que levam ao mesmo resultado: insucesso da eficiência jurisdicional. Afinal, seria a conciliação um método que aperfeiçoa ou prejudica o processo?

Para responder à questão formulada, é possível que se deva lançar mão de fundamentos tais como o momento sociocultural de cada evento e a forma de aplicação da conciliação ao processo, não necessariamente julgando o valor da conciliação como recurso isolado de um contexto. Ainda que os fundamentos da conciliação pudessem permanecer iguais e aplicados em épocas diferentes, os cuidados, os limites e a forma de sua aplicação são os fatores determinantes para que seja ou não alcançado seu principal objetivo em qualquer das épocas: o da pacificação social. O agente pacificador precisa estar bem preparado e os procedimentos, limites e objetivos bem definidos para que haja sucesso no intento:

Com a proclamação da República e edição do Dec.359 de 26.04.1890, aboliu-se a obrigatoriedade da prévia conciliação para o acesso ao Judiciário. Além de incompatível com a liberdade do direito de ação, a experiência havia demonstrado a inutilidade de tal medida, sem outros resultados que não o aumento do custo financeiro e temporal das demandas, talvez em vista da falta de preparo dos juízes de paz para tal tarefa (GAJARDONI, 2014, p31).

A proposta neste texto não é a de desvendar as razões para as diferentes decisões legislativas de 1890 e 2015, ainda que anotando tal situação como no mínimo curiosa. O objetivo aqui presente é o de contextualizar a autocomposição, em especial na metodologia da conciliação, na forma como ela é compreendida hoje, e seu emprego pré-processual. Em definição atual de conciliação e da atividade do conciliador, tem-se que:

É uma forma de resolução de controvérsias por um conciliador investido de autoridade ou indicado pelas partes, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a composição do litígio pelas partes.

O conciliador, além de administrar o conflito, de forma neutra e imparcial, tem a prerrogativa de sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria para ambas as partes. (MENDES, 2009, p122).

Aplicada na fase pré-processual, a conciliação tem como função a de propiciar acordos em conflitos sobre direitos disponíveis, desde que ambas as partes não se manifestem contrariamente e de forma expressa. No ambiente

judicial as partes não indicam o conciliador, mas este será definido pelo próprio juízo.

No que toca aos fundamentos da conciliação, segundo Grinover (2007, p.21), a conciliação representa simultaneamente instrumento de controle, de garantia e de intervenção popular direta.

O alto grau de litigiosidade da sociedade moderna, aliado à crise da Justiça, contribuiu para o ressurgimento da chamada Justiça conciliativa. O instituto, que consiste na mediação e na conciliação, tem como fundamento social a pacificação social, e como fundamento político a participação popular na administração da Justiça, representando um instrumento de garantia e de controle da sociedade e proporcionando uma maior eficiência na solução de litígios (GRINOVER, 2007, p. 16).

3.1.1 Fundamento social

Sobre o fundamento da participação social – a pacificação – a autora supracitada chama a atenção para o fato de que a sentença judicial é impositiva e uma das partes permanece insatisfeita. Embora solucione a lide jurídica, a lide sociológica fica pendente, sendo um marco para o passado. A conciliação é um marco para o futuro, pois age preventivamente em tensões e rupturas, valorando a coexistência, operando para que também a lide sociológica seja sanada.

Silva (2013, p.326) atribui a esta nova concepção de acesso à justiça, dada pela abordagem conciliatória, a capacidade de incrementar a Justiça colaborativa com a promoção de “meios voltados à construção de consenso”.

Como meio de resolução de conflitos, o único objetivo da conciliação é pacificar as partes com Justiça e, sendo assim, o acordo passa a ser visto como uma consequência possível. Aliás, cada vez mais a efetividade da prestação jurisdicional passa a ser entendida como a pacificação que realmente denota a transformação do conflito, caracterizada pela verdadeira alteração com relação aos interesses, expectativas e necessidades das partes, a partir da legítima construção do consenso (SILVA, 2013, p.328).

É função social do processo atingir a pacificação social. A conciliação soma-se a isto, tornando possível a melhoria da qualidade dos relacionamentos sociais através da construção de uma solução consensual, pela qual é quebrado o paradigma do ganha-perde e atinge-se uma situação de ganho mútuo, ainda que mediante possíveis concessões, levando a uma maior sensação de satisfação e equilíbrio, com conseqüente sensação de solução justa que, alcançada em nível individual, acaba refletindo no entorno social. Atinge-se assim o patamar do acesso à justiça como um “acesso à ordem jurídica justa” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 44).

A nova concepção de acesso à justiça, como mencionado acima, vem do paradigma de que também as partes podem e devem, debaixo da tutela do Estado pacificador, participar na construção de uma justiça distributiva. Este é o escopo social da conciliação. A atuação do conciliador no papel de agente do Estado é movida no sentido de ampliar o conhecimento dos interesses comuns às partes, e de provocar novos arranjos de opções e perspectivas de soluções destinadas ao conflito. É dado às partes o poder de decisão sobre formalizar o acordo, que é encaminhado ao Juiz para homologação, tendo força de título judicial. Também são livres para não acordar e permitem que o processo judicial seja distribuído e siga seu curso em direção à jurisdição.

Nesse diapasão, constatada a incapacidade do Estado de monopolizar o processo de

Modo eficiente, verifica-se uma tendência no sentido de se desenvolver procedimentos alternativos, como a conciliação e a arbitragem, com o escopo de facilitar o acesso à justiça, bem como alcançar a celeridade, informalização e pragmaticidade exigidas pelo cenário mundial atual.

A busca por novos modos de tratamento de conflitos se configura, então como uma das estratégias para a administração dos problemas ocasionados pelas crises, ampliando o acesso à justiça, enquadrando-se no seu movimento universal, em sua terceira onda de reformas (ALVES, 2012, p. 324).

A abertura legal à possibilidade de participação ativa dos contendores como colaboradores é o passo que se enquadra em tal movimento universal e na terceira onda de reformas. Grinover (2007, p. 50) menciona as ondas

renovatórias, ou linhas evolutivas, ou ainda fases metodológicas fundamentais do processo. A primeira seria do processo como meio de exercício do direito material, sem autonomia como ramo científico do direito e muito menos autonomia da relação jurídica processual. A segunda fase introduziu a noção de autonomia científica do direito processual “marcada pelas grandes construções científicas do direito processual” Segue-se, então, a terceira onda, que é a instrumentalista, que examina o processo do ponto de vista de seus resultados e trabalha para seu aperfeiçoamento. A instrumentalidade do processo reconhece, então, que “o processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social. ” Portanto, aí está a compatibilidade e o vínculo estreito dos fundamentos da conciliação com os do processo judicial: prestam-se ao mesmo objetivo pacificador.

Já Didier (2014, p. 30) acrescenta às fases já conhecidas, do sincretismo, processualismo e instrumentalismo processual descritas acima, uma nova e quarta fase da evolução histórica do direito processual: a do neoprocessualismo, que se coaduna com o pensamento jurídico do neoconstitucionalismo ou, como propõe chamar, de um “positivismo jurídico reconstruído”, ou “neopositivismo”. Esta profusão de nomes é demonstração da dificuldade de encontrar um termo que venha a abarcar o amplo conceito da constitucionalização do direito. De qualquer modo, esta quarta fase seria definida por um “formalismo-valorativo” a qual consiste “exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual”. Ao processo é agregado o aspecto da moralidade, expresso pela exigência da aplicação dos princípios e garantias constitucionais. Evidencia-se que “A constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo”. À instrumentalidade do processo foram agregados os valores principiológicos, daí o autor afirmar que se inaugura uma nova ondaprocessual.

3.1.2 Fundamento político

O fundamento político da justiça conciliatória é a participação democrática direta na administração da Justiça.

Trata-se de adentrar, agora, o aspecto da participação popular na administração da Justiça, pela colaboração do corpo social nos procedimentos de mediação e conciliação. A participação popular na administração da Justiça não é senão um capítulo do amplo tema da democracia participativa (GRINOVER, 2007, p19).

A autora argumenta que, em função da crise que atinge a eficiência do Estado, concentrador do poder de pacificar a sociedade através da resolução de conflitos, surge a opção de distribuir tal poder a determinados participantes da sociedade, pessoas estas que são os ‘poucos que exercem o poder, em nome de todo o contingente social’.

Explana que o princípio participativo popular é um núcleo, desdobrado em uma variedade de formas identificáveis por seu gradiente de poder, que é distribuído desde o grau de “informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação, as consultas, a cogestão, a realização de serviços, até chegar à intervenção nas decisões e ao controle, como caracterizar graus mais ou menos intensos de participação” (GRINOVER, 2007, p. 20).

O fundamento político da conciliação sugere que sua implicação é muito mais ampla do que a de simples método para agilizar o processo e conferir desobstrução à ação judicial. A conciliação aplicada aos conflitos sociais é uma forma de exercício do poder democrático, de instrumento para a maturação da consciência de coletividade responsável, de meio para modificação do paradigma cultural adversarial-impositivo da justiça contenciosa, para o paradigma cooperativo-constutivo da justiça conciliatória, no que diz respeito ao conflito e sua resolução.

Participar é fazer parte, estar presente, interferir, intervir. Participação política é descrita por Bobbio, Matteucci e Pasquino (2010, p. 888) como uma terminologia da ciência política que designa “uma variada série de atividades”. Define a existência de três formas principais de participação política: a presença, a ativação, ou atividade, e a participação no sentido estrito, que são “situações em que o indivíduo contribui direta ou indiretamente para uma decisão política”.

Existe participação política, na medida em que: “A conciliação, enquanto forma pacífica dos conflitos em que as partes constroem por si o resultado, significa a participação direta da população na esfera do Poder Judiciário, realizando de forma mais plena o princípio democrático” (VOLPI, 2011, p. 155). Por outro lado, permanece reforçado o conceito de cidadania, já que esta é a “deposição da titularidade do poder de resolução depositado nas mãos das próprias partes envolvidas na contenda, as quais alcançarão a pacificação social através de concessões recíprocas” (ALVES, 2012, p. 325).

O fundamento político da conciliação vincula-se diretamente ao exercício responsável da cidadania. Sobre a participação de leigos no processo “Representa ela, ao mesmo tempo, instrumento de garantia e instrumento de controle, configurando meio de intervenção popular direta pelos canais institucionalizados de conciliação e mediação” (GRINOVER, 2007, p. 21). Aplicada à fase pré-processual, é ferramenta politicamente hábil para garantir o acesso à justiça, assim como exercer o controle social de conflitos, propiciando sua resolução.

3.1.3 Fundamento jurídico

Alguns dos princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 visam assegurar um processo justo. Convencionou-se a usar a expressão ‘devido processo legal’, que inclusive é utilizada no Art.5º, Inciso LIV, que diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Fonseca (2013, p.19) alerta para a ambiguidade gerada pela tradução da expressão na língua inglesa ‘*due process of law*’. Didier explica a origem da imprecisão:

A locução “devido processo legal” corresponde à tradução para o português da expressão inglesa “*due process of law*”. Law, porém, significa Direito, e não lei (“*statue law*”). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. “Legal”, então, é adjetivo que remete a “Direito”, e não à Lei.

Há outras traduções da expressão inglesa. Os portugueses optaram por *processo equitativo*; os italianos, por *processo giusto*. Na Europa utiliza-se muito também a expressão *fair trial* (DIDIER, 2014, p. 45).

O conceito de devido processo legal, então, toma amplitude maior porque não significa que está restrito unicamente à lei, mas abrange o direito como todo, envolvendo em si os princípios. É próprio, portanto, que se faça referência ao devido processo legal como direito ao processo justo. Tal princípio não é singular, tem característica de coletividade, pois abriga outros princípios no seu bojo. Fazem parte dele a garantia ao juiz natural, ao contraditório e ampla defesa, à isonomia, à publicidade, à obrigatoriedade de motivação nas decisões judiciais, à proibição de provas obtidas por meios ilícitos, à inviolabilidade das comunicações e dados, também das garantias específicas do processo penal, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p.91). Resumem os autores:

Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p.91).

O fundamento jurídico-legal da conciliação esteia o direito à tutela efetiva do caso concreto, pois o devido processo legal, traduzido pelo acesso à justiça, numa ordem jurídica justa, ultrapassa o direito de ação, associado ao fato de provocar o Estado, e estende-se ao pronunciamento jurisdicional, quando o caso é efetivamente decidido.

Uma vez que conciliação é empregada na fase pré-processual tendo por um dos objetivos o de promover celeridade ao processo e resolver a disputa de forma justa para as partes, ela torna-se instrumento para a promoção do devido processo legal, que é aquele que, nas palavras de Didier (2014, p.45) “confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo, etc.)”. Este configura-se no fundamento jurídico da conciliação.

3.2 Elementos da conciliação

O conflito é inerente às relações sociais. Ele reflete a dinâmica de ajustamento interpessoal, as várias formas de dominância e as diversas noções

de espaço pessoal. Sem sombra de dúvida, podemos afirmar que o conflito é inevitável, porquanto natural ao processo social.

Muitas vezes, as relações se regulam por si mesmas e os conflitos se resolvem internamente a elas, através da autocomposição. Tal termo refere-se a uma forma legítima de agir das partes, que pode se dar de forma unilateral, quando uma das partes cede e cessa o conflito, ou de forma multilateral, quando as partes elaboram solução conjunta contando com a colaboração de terceiro no papel de facilitador. Mantendo a autonomia decisória, as partes podem escolher negociar diretamente ou contar com a intervenção de terceiro capacitado para auxiliá-las a construir um acordo.

A última é a solução negociada do conflito, que envolve mútuas concessões das partes interessadas, que podem chegar a um acordo por si próprias, por meio da negociação direta, ou receber o auxílio de um terceiro (facilitador), capacitado em técnicas de solução de conflitos (conciliador, mediador ou avaliador neutro). O que é importante ter em mente é que, na autocomposição, as partes mantêm o poder de decisão sobre a composição obtida (LUCHIARI, 2012, p. 10).

A conciliação, forma de autocomposição, pode ocorrer dentro ou fora do processo. Caso já tenha havido a propositura da ação, mas ainda não a distribuição do processo, será chamada de *conciliação pré-processual*. Não havendo acordo, o processo segue o caminho da distribuição e a solução do conflito passa a ser tratada de modo impositivo pelo julgador, tornando-se heterocomposição.

No texto desenvolvido por Cintra, Grinover e Dinamarco (2012, p. 27) sobre sociedade e tutela jurídica, podemos encontrar uma aula de como se desenvolveu historicamente a intervenção do Estado nas questões particulares. Conflitos primitivos sendo resolvidos por autotutela, na qual ocorre a imposição forçada de uma parte sobre a outra, e também a existência da autocomposição. Ambas caracterizadas pela parcialidade, ou seja, a solução aos conflitos pelas partes, dada por imposição, desistência, submissão ou concessões recíprocas. Relacionam também os autores, as soluções imparciais obtidas pela interferência de árbitros, facultativa ou obrigatoriamente, e de juízes, como

agentes do Estado, exercendo a jurisdição através do processo. Ressaltam que não houve, no desenvolvimento histórico, uma linearidade límpida e nítida, sucedendo-se, ao invés disto, marchas e contramarchas, como é próprio no evoluir histórico dos fatos. De forma didática, resumemque:

[...] antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição estatal, só depois (no sentido em que a entendemos hoje), (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 31).

A partir da reformulação legal, quando o CPC estabelece a obrigatoriedade da conciliação pré-processual, torna o processo judicial de solução de conflitos mais completo. Isto ocorre, pois permite que as partes exerçam livremente a capacidade de encontrar um caminho para pacificação judicial e social, apoiados pelo Estado através do conciliador, previamente ao curso da tutela jurisdicional heterocompositiva concretizada pela decisão judicialmente imposta. Só haverá heterocomposição, caso não alcancem um acordo auto compositivo viável.

O novo Código prestigia não só a conciliação pré-processual, mas também a mediação pré-processual, cada uma com suas particularidades, e ambas voltadas à autonomia decisória das partes, com consequente melhor disposição no cumprimento do acordado.

Por fim, confirma-se, em doutrina e na *praxis*: alcançada a composição, por conciliação e especialmente pela mediação, cada um fez a sua parte para se chegar ao resultado, e por terem exercido seu poder de decisão, consolida-se a responsabilidade dos protagonistas com a solução dada ao conflito. Todo este envolvimento no processo de superação das divergências promove o comprometimento das partes na eficácia do acordo, gerando, assim, naturalmente, o cumprimento espontâneo das obrigações assumidas.

Daí porque se diz que uma solução consensual geralmente é respeitada e atendida voluntariamente; já uma solução adjudicada pela sua imposição contrária à

vontade de uma das partes provoca inúmeros recursos e, ainda, quando estes não mais forem possíveis, leva ao descumprimento do decidido, a exigir execução com seus incidentes, tendo como consequência a ‘eternização’ do litígio (CAHALI, 2013, p. 47).

Ambos os métodos (ou meios sistematizados) da conciliação e mediação contribuem para a desconstrução da atitude adversarial, perspectiva pela qual só há possibilidade de ganhos para uma parte. Contribuem também para o estímulo a uma postura de responsabilidade autônoma sobre a administração do conflito e de proatividade na construção de solução, estando o mais próximo possível de ser do ponto de vista das partes, justa, adequada, equitativa.

Cada método, com suas peculiaridades e indicações, representa intervenção hábil para predispor à resolução eficiente do conflito judicial e alcance reflexivo na sua esfera sociológica. Cahali (2013, p. 59) chama atenção para o fato de que os envolvidos com o tratamento do conflito são formadores de opinião e “interferem positivamente na mudança de conduta das pessoas”. A mudança de conduta em função de ações diferenciadas que, na coletividade, geram novas experiências e percepções, dispondo para outras formas de agir, é mudança de cultura definida pela transformação da “cultura do litígio” em uma cultura de cooperação pacificadora. A replicação deste traslado de posturas e atitudes, ao longo do tempo e por difusão na sociedade, gera expectativas de desencadear efeitos positivos e construtivos na coletividade.

Necessário aqui diferenciar características e as indicações de aplicação da mediação e da conciliação, uma vez que: “Há distinção entre conciliação e mediação principalmente de acordo com a origem do conflito (objetivo ou subjetivo), a postura do facilitador e as técnicas utilizadas” (CAHALI, 2013, p. 46).

3.2.1 Mediação

Faz-se necessário estabelecer parâmetros para a compreensão do conceito de mediação e o contexto no qual ocorre.

A mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária [...] no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada de diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito (CAHALI, 2013, p. 69).

Levando em conta que mediar é intervir na controvérsia com a intenção de auxiliar o alcance de solução negociada, então, esta ação faz parte do dia a dia das pessoas comuns, acontecendo de forma espontânea, intuitiva. Na realidade, esta experiência é base social para o que se aplica no processo judicial. No entanto, no âmbito judicial, o mediador é pessoa capacitada dentro de parâmetros estabelecidos por várias áreas de conhecimento, e a mediação é realizada de modo técnico, não da forma corriqueiramente intuitiva. “E, por esse motivo, a mediação representa uma fusão das teorias e das práticas das disciplinas da psicologia, da assessoria, do direito e de outros serviços do campo das relações humanas, sendo interdisciplinar”, afirma Luchiari (2012, p. 14). Azevedo (2013, p. 233) ressalta que tais teorias estão muito mais próximas ao método do que as técnicas de interpretação e aplicação do direito.

A mediação é tida como um método em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. E é, também, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador (VASCONCELOS, 2008, p. 36).

O desenvolvimento das habilidades do mediador capacitado passa principalmente pelas técnicas de comunicação. A negociação é, essencialmente, um ato ou uma sequência de atos de comunicação. A negociação consiste em uma comunicação voltada à persuasão, de acordo com o Azevedo (2013, p.35). A negociação intermediada, presente na mediação, não é diferente. Nela, diz Cahali (2013, p.43), “A participação dos interessados no resultado é direta, com poderes para a tomada de decisões, após passar pela conscientização do conflito e das opções para pacificação. E complementa:

Pela negociação, as partes tentam resolver suas divergências diretamente. Negociam com troca de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam oportunidades e situações de conforto (nota da autora:

confronto?), exercitam a dialética, mas, em última análise, querem uma composição, e para tanto, o resultado deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e equitativas, caso contrário, será rejeitado por uma das partes.[...] Diversamente da negociação, os meios de conciliação e mediação pressupõem a intervenção de um terceiro, imparcial, para facilitar a composição entre os interessados. O terceiro aqui comparece para ajudar as partes a encontrar a melhor solução ao conflito (CAHALI, 2013, p.43).

A mediação é um meio sistematizado, cuja natureza é a de facilitar a comunicação entre as partes conflitantes. É procedimento confidencial e voluntário, de obrigatoriedade presente no novo Código para que se ofereça sistematicamente a oportunidade e os meios. As partes não são obrigadas nem ao acordo, nem a se submeterem à sessão de autocomposição, pois, conforme previsão do novo Código Civil, Art.334, §4º, I, caso ambas declarem expressamente que não querem, não haverá a audiência autocompositiva. Nisto, é respeitada também a autonomia das partes a decidirem sobre eventual construção de acordo.

Para que o método da mediação seja aplicado pré-processualmente, embora prevaleçam os princípios da oralidade e informalidade, há uma sistematização de procedimentos por parte do mediador (daí a necessidade de que seja capacitado) que deve ser seguida, com vistas a facilitar a predisposição comunicativa em prol de um acordo.

A sessão de mediação pré-processual, contrariamente ao processo contencioso judicial, é revestida de confidencialidade e não se fazem dela registros ou gravações. São oferecidas às partes, e podem ser usadas pelos mediadores, folhas para simples anotações, que devem ser destruídas ao final. Podem participar da sessão co-mediadores (trabalhando em parceria com os mediadores na mesa de negociação assistida) e observadores (presentes nas sessões sem interferir nelas, com a finalidade de analisar as ações dos mediadores e o processo interacional), todos com papéis definidos por antecipação e comprometidos com a não publicidade das informações tratadas na sessão.

Após devidamente instaladas na sala de mediação, o mediador se apresenta às partes, confirma seus nomes e como gostariam de ser chamadas por ele, esclarece o propósito da mediação, o papel do mediador, as restrições ou não para testemunhar sobre fatos ocorridos na sessão, delimita as regras básicas para a sessão, comunica a possibilidade de realizar reuniões individuais, mantida a confidencialidade sobre o que for tratado nelas, orienta sobre a sequência do procedimento nas hipóteses de acordo ou não acordo, confere com as partes se todas as informações prestadas estão claras e se há alguma pergunta. Este é o momento inicial, chamado de ‘declaração de abertura’.

Uma das funções do mediador é a de abrir e conduzir a sessão de mediação, sob a orientação do Juiz de Direito, promovendo o entendimento entre as partes. A sessão de mediação é um ato processual, embora o seu conteúdo não tenha regraspré-determinadas.

[...] sua função é a de restabelecer a comunicação entre as partes, conduzindo as negociações [...]. O mediador deve garantir às partes que a discussão proporcione um acordo fiel ao direito da comunidade em que vivem, moral e justo (AZEVEDO, 2013,).

Em seguida, passa a palavra às partes, uma de cada vez, assegurando que, no decurso da fala, não sejam interrompidas pela outra, possam concluir seu raciocínio e tenham assegurado o respeito ao seu momento de falar. Compõe sua função controlar construtivamente a comunicação entre as partes e torná-la eficiente. Em havendo interrupção, o mediador deve estar atento a utilizar das técnicas pertinentes para retirar a palavra do interventor, ao mesmo tempo que lhe oferece suporte de reconhecimento e validação, e devolvê-la ao falante.

[...] estimular cada um dos mediandos a narrar a sua respectiva percepção do conflito, utilizando a linguagem eu, ‘eu entendo...’ ou ‘segundo me consta...’ ou ‘na minha percepção...’ etc., evitando, desse modo, comportamentos invasivos, pré-julgamentos. A repetição das narrativas e desabafos, inclusive sobre fatos anteriores relacionados ao conflito, ajuda os mediandos na estruturação dos seus próprios argumentos. Isto vai naturalmente acontecendo na medida em que eles vão tomando consciência dos seus interesses comuns (VASCONCELOS, 2008, p.38).

É recomendável e facilita o desenrolar da mediação o realizar entrevistas prévias à sessão conjunta, para que o mediador tome conhecimento dos relatos

individuais com melhor detalhe, e que as partes fiquem mais à vontade para expor suas percepções individuais. Também forma um elo de confiabilidade entre mediador e partes que é muito importante no decorrer do processo. “Há vários modelos de mediação, mas, de regra, recomenda-se a realização de encontros preparatórios ou entrevistas de pré- mediação” (VASCONCELOS, 2008,p.36).

Ao final da exposição de todas as partes, o mediador oferece a elas uma síntese do que foi falado, deixando claro ser esta sua compreensão do que foi trazido, e solicitando a retificação, caso tenha compreendido equivocadamente o que foi exposto. Neste momento de síntese, o mediador realiza a unificação dos relatos individuais acerca dos fatos que envolvem o dissenso, e é neste resumo que ocorre o primeiro movimento de consolidação do compartilhamento do problema, para o qual se buscará construir a solução que atenda às partes de forma comum, que alcance satisfatoriamente todas elas.

Esse resumo de texto único, por colocar duas perspectivas em uma única descrição – mostra-se de suma importância, uma vez que dá um norte ao processo de mediação e, sobretudo, centraliza a discussão nos principais aspectos presentes. Para o mediador, trata-se de uma efetiva organização do processo, pois se estabelece uma versão imparcial, neutra e prospectiva (*i.e.* voltada a soluções) dos fatos, identificando quais são as questões a serem debatidas na mediação e quais são os reais interesses e necessidades que as partes possuem. Para as partes, trata-se de um mecanismo que auxiliará a compreensão das questões envolvidas sem que haja um tom judicatório ao debate (AZEVEDO, 2013,p. 133).

O resumo deve ser devolvido aos mediandos com o uso de expressões neutras, positivando as expressões negativas usadas nos relatos individuais, reenquadrando as falas de forma objetiva. O mediador identifica para os ouvintes sua percepção de quais são os interesses individuais e comuns, e valida os sentimentos comuns identificados nas narrativas parciais. Após as partes confirmarem tal entendimento e fazerem possíveis retificações, o mediador pontua as questões ou a questão trazida para a mesa de negociação mediada, e clarifica os interesses e necessidades individuais e comuns.

Feito isto, abre às partes para que possam enumerar opções de solução, num primeiro momento, sem necessariamente serem implantadas. O objetivo é provocar a criatividade e gerar uma ampliação na percepção acerca das alternativas. “Quanto maiores as sugestões e possibilidades, maiores as chances de as partes alcançarem ganhos mútuos. Nesse momento, o assessoramento legal pode ser importante” (SILVA, 2013, p. 275). O assessoramento legal não pode ser feito pelo mediador, mas pelo Advogado que venha a estar acompanhando a parte ou a quem ela possa recorrer para auxiliar no entendimento das possibilidades legais.

Especificamente sobre a invenção de soluções construtivas e integrativas é no momento criativo da sessão de conciliação que propostas devem ser feitas sem compromisso com qualquer fechamento, na tentativa de ampliar as opções existentes e abrir a resolução do conflito para outros enfoques. Só em momento posterior é que as partes devem se concentrar em valorar as opções sugeridas, já em um momento mais crítico da sessão. Mesmo nesse segundo momento, voltado à construção e à escolha de opções mais concretas e plausíveis, a criatividade será almejada e deve continuar orientando a sessão (SILVA, 2013,p.274).

Cabe ao mediador elaborar perguntas às partes com o fito de esclarecer pontualmente, de ampliar a percepção de possibilidades e de trazer um espelhamento, ou caráter reflexivo, àquilo que a própria parte declarou. “As perguntas pegam carona nas afirmações dos mediandos” (VASCONCELOS, 2008,p.38).

Postas à mesa opções em número adequado (a ser avaliado pelo mediador), devem então ser avaliadas pelas partes, inclusive com a projeção de como ficaria no futuro cada um caso a opção fosse implementada de fato. O mediador deve realizar “teste de realidade” para verificar se as partes compreendem o resultado que será alcançado caso adotada a alternativa de escolha, pois isto ajuda a evitar escolhas sobre parâmetros equivocados, e leva a um maior comprometimento na implementação da solução acordada.

Uma vez feita a opção consensual pelo acordo com base em alguma ou algumas das alternativas criadas, o mediador passa à elaboração do acordo.

“Elaborado o acordo, parte-se a seguir, para a fase de sua formalização, em que um documento escrito irá pormenorizar o acordo verbal surgido na fase de sua elaboração” (AZEVEDO, 2013, p. 151). Uma vez redigido o acordo, ele é lido para as partes e se procedem às assinaturas. Em seguida, já investido de validade, ele segue para homologação judicial. A ele é atribuído, portanto, o valor de título executivo e implicará na força que a lei a ele atribui. “Vale esclarecer que a redação do termo, além de objetiva, precisa contemplar todos os compromissos assumidos naquele momento, evitando divergências na interpretação de suas cláusulas” (SILVA, 2013, p. 276). Em caso de não acordo, finaliza-se a sessão e o processo segue seu curso judicial, sendo distribuído na sequência.

A seguir discorre-se sobre a conciliação e suas peculiaridades. Serão abordados seus princípios, regras, técnicas e modelos de abordagem. Também se faz a diferenciação entre os conceitos de mediação e conciliação.

3.2.2 Conciliação

Também a conciliação é um método autocompositivo de solução cooperativa de controvérsia, e que conta com suporte de terceiro imparcial. Sua definição aproxima-se intimamente daquela de mediação, o que causa, muitas vezes, o uso de um termo pelo outro e de confusão sobre suas características. A principal diferença está no que é focado em função do tipo de conflito tratado. Cahali (2013, p.43-45) deixa nítida a diferença de abordagem da conciliação e da mediação: “Embora com passagem obrigatória pela análise do conflito, o foco principal na conciliação é a solução do problema. A meta é alcançar um acordo razoável às partes” (p.43) e, ainda, “O foco na mediação é o conflito, e não a solução. Na conciliação, percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito” (p.45). A falta de uma definição clara sobre cada um dos métodos traz muita imprecisão em várias abordagens teóricas e falta de clareza na compreensão.

Sobre a conceituação, vale ressaltar que não há no sistema brasileiro uma precisa distinção entre a conciliação e a

mediação, apesar da diferenciação feita pela Resolução nº125 do CNJ. Contudo, parece mais problemática a falta de previsão sobre as diferentes orientações da mediação, porque estimula interpretações equivocadas, afetando a conciliação (SILVA, 2013, p. 328).

Ambos são meios sistematizados autocompositivos, voltados para resolução de dissensos, com finalidade de obter pacificação social. No curso judicial, tratam das demandas de modo sistematizado, mas com maior informalidade “de forma a quebrar a barreira que a burocracia e os papéis criam entre os protagonistas do processo” Volpi (2012, p. 162). Em que pese a natureza comum, abordam a problemática focando alvos diversos: solucionar a questão de modo focal e solucionar o conflito que envolve a questão.

Tem-se, portanto, que a conciliação é um dos métodos do instituto da autocomposição. O outro é a mediação. Entretanto, não é incomum tomar um pelo outro, isto por causa da proximidade de fundamentos entre ambos. A opção por mediar ou conciliar é feita com base nas características de cada conflito. Nas situações em que existem entre as partes “relações continuadas ou com desdobramento emocional relevante” diz Silva (2013, p.329), indica-se a mediação, pois ela lida com o conflito subjetivo, considerando que a solução deverá dar condições a restabelecer-se a convivência equilibrada e harmônica, porquanto duradoura. O tempo e o número de sessões dedicados é maior, porque lida com a inter-relação e a busca da reconexão do diálogo, segundo Cahali (2013, p.45).

Em outras palavras, a mediação é um processo cooperativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada. [...]

Em princípio, todos os conflitos interpessoais podem ser trabalhados na mediação e, se esta não culminar num acordo, pelo menos os participantes terão esclarecido o conflito e aprendido a dialogar entre si de forma respeitosa e produtiva, pois o verdadeiro objetivo do mediador não é obter um acordo, mas sim restabelecer o diálogo entre as partes, permitindo que melhorem o relacionamento, para que, por si sós, cheguem às soluções de seus problemas (LUCHIARI, 2012, p. 14).

A mediação trabalha o empoderamento das partes através da “conscientização de seus atos, ações, condutas e de soluções, induzindo-as também, ao reconhecimento da posição do outro, para que seja ele respeitado em suas posições e proposições” (CAHALI, 2014, p. 45). Exige maior preparo do mediador, pois lida com a subjetividade, demanda maior tempo para a investigação e a elaboração subjetiva das partes, e conseqüentemente, quando bem-sucedida, têm repercussão positiva no alcance social do conflito, formando um núcleo reprodutor da experiência de pacificação social.

Por sua vez, a conciliação lida objetivamente com o conflito. É indicada para relações eventuais, como as consumeristas, e requer tempo menor para elaboração do acordo, que é o foco.

A conciliação, então, é útil para a solução rápida e objetiva de problemas superficiais (verdade formal ou posição), que não envolvem relacionamentos entre as partes, não tendo, portanto, a solução encontrada, repercussão no futuro das vidas dos envolvidos. E, assim, diferencia-se da mediação, na medida em que apresenta procedimento mais simplificado, não tendo o conciliador que investigar os verdadeiros interesses e necessidades das partes, subjacentes ao conflito aparente (LUCHIARI, 2012, p.15).

Na escola francesa, conciliação busca atuar sobre o resultado, enquanto mediação busca atuar frente ao processo do conflito, como afirma Chiarloni (2012, p.258)¹². O mesmo autor, referindo-se ao uso linguístico na Itália, conciliação diz respeito a um objeto patrimonial, enquanto mediação está vinculada ao direito de perfil público, como familiar e penal (p.259)²

Parece claro que mediação e conciliação dizem respeito a procedimentos diversos no objeto específico a que perseguem alcançar para a obtenção da paz

¹² “Se guardiamo alle scelte linguistiche del legislatore francese, come si fronteggiano nei titoli VI e VI bis del primo libro del Code de Procédure Civile constatiamo che parlando di conciliation il legislatore guarda al risultato, mentre, parlando di méditation guarda esclusivamente alla procedura.”

² “Gli usi linguistici in Italia sono meno limpidi: si parla di conciliazione tutte volte che nel tentativo di soluzione concordata è implicato un giudice, sai che riguardi rapporti patrimoniali, sai che riguardi rapporti di stato, come nei giudizi di separazione e divorzio; sempre di conciliazione si parla quando essendo il tentativo demandato as um terzo, questo há per oggetto rapporti patrimoniali; si parla, invece, di mediazione quando di fronte al terzo sono in gioco rapporti caratterizzati da profili pubblicistici: mediazione familiare e mediazione penale.”

social. “Há distinção entre conciliação e mediação principalmente de acordo com a origem do conflito (objetivo ou subjetivo), a postura do facilitador e as técnicas utilizadas” (CAHALI, 2014, p. 46). Tais métodos de autocomposição distinguem-se procedimentalmente, e são tão semelhantes que a conciliação pode ser entendida como uma espécie de mediação.

O que caracteriza a conciliação? A conciliação é um modelo de mediação focada no acordo. É apropriada para lidar com relações eventuais de consumo e outras relações causais em que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas prevalece o objetivo comum de equacionar interesses materiais. Muito utilizada, tradicionalmente, junto ao Poder Judiciário, embora quase sempre de modo apenas intuitivo. Como procedimento, a conciliação é mais rápida do que uma mediação transformativa, porém muito menos eficaz. (...)

Portanto, conciliação é mediação. Com efeito, não é o nome que se dá a um instituto o que caracteriza a sua natureza, mas é a sua natureza aquilo que o caracteriza. A natureza da conciliação é a mediação dos conflitos. (...)

Ainda a propósito do nome conciliação, trata-se de uma opção vocabular que designa a natureza do procedimento pelo nome do resultado pretendido. Em verdade, toda mediação tem, mediata ou imediatamente, o sentido de criar condições para o entendimento entre as partes, com vistas a uma conciliação (VASCONCELOS, 2008, p. 38, 78, 79).

Com base nos achados, é possível definir a conciliação como uma espécie do gênero mediação, uma vez que a finalidade da mediação é a de proporcionar a conciliação entre as partes e que, de acordo com o objeto do conflito e a espécie de direito questionado, serão usadas técnicas adequadas para lidar com a resolução do conflito pontualmente na questão ou sistematicamente na relação.

CONCLUSÃO

A renovação do processo judicial traz em cena a obrigatoriedade dos meios autocompositivos como pré-requisito à distribuição, para a obtenção da tutela. Duas grandes justificativas alicerçam esta escolha: a necessidade de efetiva celeridade jurisdicional e a inserção de uma maior autonomia responsável, como paradigma para solução de conflitos na sociedade.

Depreende-se de seu conceito e natureza que a conciliação, além da solução mais rápida do litígio e da maior possibilidade de cumprimento ao acordo (já que as próprias partes deliberaram sobre isso), traz outros benefícios como a liberação dos órgãos do Judiciário para a atuação mais célere nas demais causas (VOLPI, 2012, p. 141).

Já existe experiência neste sentido, pois, Núcleos instituídos no corpo do Poder Judiciário empenham-se em realizar a tarefa da conciliação pré-processual, com resultados muito positivos, haja vista os relatórios relativos aos grupos de processos submetidos à negociação intermediada.

Internamente à autocomposição, postula-se uma perspectiva de ganhanha, no que diz respeito ao resultado para as partes, considerando que elas não estarão conduzidas para uma atitude competitiva, mas sobretudo cooperativa. Também condizente ao binômio Estado-partes, há uma relação entre ganhadores, pois, na medida em que às partes é contemplada a possibilidade de resultado satisfatório, carreado pelo sentimento de justiça alcançada e menor sacrifício para obtê-la, ao Estado é contemplada a diminuição da sobrecarga processual, por razão de resolução efetiva do conflito, e consequente disponibilização de canais para andamento do fluxo existente. Efetividade neste raciocínio coincide com a definição de SILVA (2013, p.326), que é a “pacificação de conflitos com Justiça, estabelecendo a preponderância de seu escopo social”.

A conciliação tem sido apontada como uma forma de, ao mesmo tempo, obter uma solução mais rápida do litígio, construída pelas partes ao invés de “outorgada” pelo Estado, e promover um desafogamento do Judiciário. Daí a recente campanha do Conselho Nacional de Justiça: “Conciliar é legal”, cujo objetivo é incentivar a realização de acordos nos processos em trâmite em qualquer grau de jurisdição. A iniciativa é fundamental e deve ser acompanhada de outras medidas que visem a incutir nos operadores do direito e nos jurisdicionados o espírito conciliatório. Contudo, a tarefa de conciliar é muito maior e mais profunda do que simplesmente “desafogar o Judiciário”. Com efeito, esse é, na verdade, um benefício indireto se comparado com a pacificação social obtida por meio da participação das partes na administração da

justiça. Nesse cenário surgiu, também, o projeto de lei que busca regular a chamada ‘mediação’ (VOLPI, 2012, p.140).

Verifica-se que a mediação e a conciliação possuem mesma natureza, técnicas comuns e finalidade igual. Diferem no objeto, foco de seus esforços para promoverem a pacificação, que são o conflito e o relacionamento entre as partes. Para atuar como conciliador ou mediador, o representante do Estado no Judiciário necessita ser preparado, ainda que não se exija dele formação superior específica. Seu treinamento o capacitará a identificar os elementos essenciais presentes na situação de autocomposição, e desenvolver suas habilidades comunicativas, com vistas a torná-lo competente para aplicação de técnicas adequadas à resolução assistida do conflito. O conciliador/mediador é agente que exerce a função pública, de forma neutra e imparcial, auxiliando resoluções de conflitos, submetido a regras e necessitando de prévia formação para sua atuação.

Na conciliação aplicada, não basta apenas a negociação com base em princípios, técnica que cobre somente uma gama de conflitos e não contempla a infinidade de variações vistas no Judiciário. É justamente por isso que a formação do conciliador precisa contemplar matérias que enalteçam uma visão interdisciplinar, diferenças entre a comunicação de primeira e segunda ordem e as respectivas relações com a necessidade de contenção ou transformação do conflito, compreensão de sistemas e sua respectiva complexidade, teoria dos jogos e estratégias comportamentais. É indispensável que o profissional esteja capacitado para identificar as causas do conflito e adotar as técnicas mais aptas à sua adequada superação (SILVA, 2013, p. 345).

A boa formação do conciliador, portanto, também é variável que interfere na condução da sessão de conciliação. Isto nos leva de volta à situação que se convencionou chamar de “crise do judiciário”, mediante a qual o sistema não consegue lidar eficientemente com a demanda crescente, trazendo frustrações múltiplas porquanto: “[...] o número de processos em andamento não reflete o atendimento da população, que passou a perceber e a demonstrar insatisfação com sua ineficiência”, concluindo: “o que evidencia que há uma crise no setor [...] sem precedentes em toda sua história ” (BALDAN, 2008, p. 265).

Fica uma indagação a respeito da medida que torna obrigatória a autocomposição pré-processual: haverá conciliadores/mediadores preparados e em número suficiente para atender a demanda? Lembrando que, embora haja previsão para o exercício remunerado de mediadores e conciliadores, não é regulamentado e, na prática, é um ofício realizado por voluntários. Certamente haverá que se estabelecer uma estratégia para suprir a necessidade de pessoas capacitadas que atuem. A indagação, no entanto, só será respondida na medida em que a nova dinâmica do Código de 2015 (CPC) produza seus resultados, deles se depreendendo haver ou não equilíbrio entre o que exigido e aquilo que é possível oferecer e realizar.

Da presente pesquisa, pode-se concluir que, apesar de não haver novidade no emprego de conciliação enquanto método de solução de conflitos relacionais, seu emprego obrigatório e preliminar nos processos judiciais é inovação paradigmática na legislação corrente. Em que pese já ter sido adotado na Constituição do Império, revogado com a Constituição Republicana em razão de sua disfuncionalidade, volta à cena processual renovado, com fundamentos mais elaborados e inserido num momento cultural muito diverso do anterior. A prévia experiência de seu emprego pelos Tribunais ao longo dos últimos anos tem mostrado resultados encorajadores no sentido de eficácia jurisdicional, a considerar pelo percentual de acordos realizados, tanto quando da satisfação dos usuários indicada nas pesquisas.

À conclusão deste texto, permanece a expectativa de que tenha sido possível contribuir com o processo de organização do conhecimento jurídico, na direção de seu acréscimo e aperfeiçoamento. Forma-se aqui a perspectiva de que a adoção da conciliação pré-processual é estratégia acertada para alcançar impacto positivo no volume de processos distribuídos, que pode, sim, alcançar o conflito social e o judicial para solucioná-lo ou amenizá-lo, e, não obstante não prescindir de empenho no ensino e divulgação, tem o potencial para alavancar a formação de cultura diferenciada no sentido da autonomia responsável e proativa para a resolução de problemas juridicamente relevantes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Catarina Bezerra. Criação das centrais de conciliação, mediação e arbitragem de Pernambuco. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 211, p. 317-346, set. 2012.

AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: PNUD, 2013.

BALDAN, Guilherme Ribeiro. A conciliação como forma de redução do tempo de duração do processo. *Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia*, Rondônia, n. 18, p. 258-299, jul./dez. 2008.

BRASIL. *Constituição Imperial de 1824*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. *Decreto nº359 de 23 de abril de 1890*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0359.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. *Decreto-lei 1608 de 18 de setembro de 1939*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. *Decreto-lei nº5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. *Lei nº 968 de 10 de dezembro de 1949*. Disponível em:<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=107033>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. *Lei nº 5869 de 12 de janeiro de 1973*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. *Lei nº 9099 de 26 de setembro de 1995*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. *Lei nº13.105 de 13 de março de 2015*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 2010.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Conciliação e mediação no processo civil brasileiro: estado da questão. *Revista dialética do direito processual*, São Paulo, n. 22, p. 9-37, jan. 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodium, 2014. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FONSECA, Reynaldo Soares da Fonseca; FONSECA, Rafael Campos Soares da Fonseca. O princípio do devido processo legal e a conciliação. *Revista do TRF1*, Brasília, v. 26, n. 3-4, p. 17-22, mar./abr. 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Pontos e contrapontos sobre o projeto do novo CPC. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 103, v. 950, p. 17-37, dez. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Conciliação*, São Paulo, ano 4, n. 14, p.17-21, jul./set. 2007.

HIGA, Flávio da Costa. Pre-action: a cultura de cooperação pré-processual na busca de soluções consensuais justas. *Justiça do Trabalho*, v. 29, n. 342, p. 60-83, jun. 2012.

HELDER Júnior; DEUS, Ana Paula de. A cultura da conciliação. *Getúlio*, São Paulo, v. 3, n. 15, p. 53-55, maio/jun. 2009.

LUCHIARI, Valeria Frioli Lagrasta. *Mediação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENDES, Anderson de Moraes. A hora e a vez da conciliação. *Revista CEJ*, Brasília, ano 12, n. 46, p. 120-123, jul./set. 2009.

MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. *O problema é o processo*, 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo>>. Acesso em: 29 mar. 15.

NORONHA, João Otávio de. O custo do processo: avaliação e análise. *Revista CEJ*, Brasília, n. 3, p. 116-119, jan./abr. 2001.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SILVA, Antônio Hélio. Juizados de conciliação. *Justilex*, Brasília, ano 2, n. 19, p. 22-23, jul. 2013.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SOUZA, Rosemeire Conceição dos Santos Pereira de. Morosidade do Poder Judiciário. *Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia*, n. 18, p. 125-170, jul. / dez. 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista PGFN*, ano 1, n. 2, 2011-2012.

LIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL SOBRE A COISA JULGADA E A SENTENÇA

Gabriel Borges¹

Jacqueline Raffoul²

Nelson Gonçalves Cardoso Filho³

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a coisa julgada e a sentença, segundo a ótica constitucional e a processual civil em paralelo. Inicialmente, a análise contempla os referidos institutos à luz do Código de Processo Civil de 1973 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à Teoria dos Motivos Determinantes. Em seguida, passa-se ao estudo da sentença e da coisa julgada em conformidade com o Código de Processo Civil de 2015. Busca-se realizar o estudo com a abordagem de conceitos do Direito Processual Civil e do Direito Constitucional. Deve-se ponderar que a jurisprudência ainda está sendo construída em relação à sentença e coisa julgada segundo o Código de Processo Civil de 2015. Por tal razão, o presente estudo não tem por escopo o esgotamento da matéria, mas visa apresentar possíveis aplicações e modificações decorrentes do Novo Código.

Palavras-chave: Coisa julgada, sentença. Código de Processo Civil de 2015. Teoria dos Motivos Determinantes. Fundamentação das decisões judiciais.

INTRODUÇÃO

Os institutos de sentença e coisa julgada estão diretamente ligados, de modo que a análise conjunta é pertinente e cabível para observá-los nas ações constitucionais. Desse modo, o Direito Constitucional e o Direito Processual

¹ Consultor Jurídico do Senado Federal e Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

² Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

³ Bacharel em Economia pela Universidade Federal da Bahia, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniAges, Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Puc-Minas, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito e Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub. Professor de Direito Tributário e Direito Processual Civil no Centro Universitário UniAges e Procurador da Fazenda no município de Ribeira do Pombal-BA.

Civil devem ser estudados concomitantemente, ressalvadas eventuais peculiaridades.

Observa-se que o atual momento percebe a transição do Código de Processo Civil de 1973 para o Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que a jurisprudência ainda está sendo construída quanto às modificações introduzidas por este último. Apesar disso, é possível a análise preliminar quanto aos novos conceitos e a observância de prováveis desdobramentos jurídicos.

Ressalva-se, portanto, que o presente estudo busca apresentar de forma geral as principais inovações jurídicas quanto à sentença e a coisa julgada, sem, contudo, possuir o escopo de esgotar os conhecimentos sobre o tema.

1 COISA JULGADA E SENTENÇA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Sabe-se que o Código de Processo Civil de 1973 – CPC/ foi revogado pelo Novo CPC de 2015. No entanto, é oportuno analisar a coisa julgada e a sentença à luz do CPC de 1973 a fim de viabilizar a análise posterior do novo CPC, de modo a verificar a existência ou não de alterações nos mencionados institutos processuais.

Em relação à sentença, o art. 458 do CPC/73 estabeleceu que seus elementos consistiam no relatório, nos fundamentos ou na motivação e no dispositivo ou na conclusão. Estes elementos eram exigidos em sentenças e em acórdãos.

Em síntese, o relatório deve conter os fatos da causa. A fundamentação ou a motivação consiste na explicação da convicção da decisão⁴. O dispositivo ou a conclusão é, segundo Fredie Didier e Cândido Rangel Dinamarco⁵, “a parte

⁴ MARINONI; ARENHART, 2005, p. 457.

⁵ DINAMARCO, 2003, p. 664.

da decisão em que o órgão jurisdicional estabelece um preceito, uma afirmação imperativa, concluindo a análise acerca de um pedido⁶”.

Desse modo, nos termos do art. 469 do CPC/73, o fundamento ou a motivação da decisão não poderia fazer coisa julgada, assim como a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, ou a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo também não fariam. Assim, a coisa julgada estaria relacionada apenas ao dispositivo da decisão e faria efeito apenas *inter partes*.

No presente estudo, a coisa julgada e a sentença serão analisadas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Assim, conceitos de processo civil serão utilizados para melhor compreensão dos institutos processuais em questão, porém considerando a peculiaridade das ações constitucionais.

1.1 Acepções da coisa Julgada formal e material

Inicialmente, observa-se que a coisa julgada é um dos fundamentos da segurança jurídica, garantindo estabilidade às relações jurídicas por tornar definitiva a solução judicial no caso em análise⁷. Assim, nota-se que o direito fundamental à segurança jurídica é característico dos Estados Democráticos de Direito. Em que pese a previsão no art. 5, XXXVI da Constituição Federal, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia afirmam que tal ligação seria tão notória que a previsão constitucional seria irrelevante⁸.

Desse modo, segundo Fredie Didier Jr, “a coisa julgada é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte definitiva de uma decisão judicial⁹”. No entanto, pondera o mencionado autor, que a imutabilidade pode ocorrer no âmbito do processo em que a decisão foi proferida ou ir além desta. Fala-se, assim, em coisa julgada formal e material.

⁶ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 334.

⁷ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 467.

⁸ WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 22.

⁹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 468.

Em relação à coisa julgada formal, entende-se que a decisão se torna imutável no âmbito do processo. Isso pode ocorrer por diversas razões, como a impossibilidade de impugnação recursal, do decurso de prazo ou do trânsito em julgado, por exemplo¹⁰.

Para Didier, a coisa julgada formal seria a preclusão máxima dentro de um processo. Apesar disso, Liebman e Ada Pellegrini Grinover entendem que preclusão e coisa julgada formal seriam institutos distintos. Liebman leciona que

A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo. Trata-se, assim, de institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica de antecedente-consequente¹¹.

Vale notar que com a coisa julgada formal não há impedimento para que seja ajuizada outra ação. Nesse sentido, Elpídio Donizetti cita Liebman, que explicava que “A coisa julgada formal constitui o primeiro degrau da coisa julgada material”. Elpídio Donizetti aduz que:

Os efeitos da sentença podem ficar tão-só nesse primeiro degrau, porque a sentença apenas extinguiu o processo, deixando intangível a relação de direito material – é a coisa julgada formal. Podem, todavia, passar pelo primeiro degrau (extinção do processo) e atingir o segundo, tornando imutável e indiscutível a relação jurídica acertada na sentença. Evidente que não se pode alcançar o segundo degrau sem passar pelo primeiro. Não existe coisa julgada material sem coisa julgada formal, embora coisa julgada formal possa se referir apenas a uma fase do processo¹².

Verifica-se, portanto, que a coisa julgada formal é a primeira característica da coisa julgada material. Esta tem projeção para além do processo no qual a decisão foi proferida, pois torna indiscutível a decisão no processo em questão e em qualquer outro.

¹⁰ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 469.

¹¹ LIEBMAN, 2006, p. 68.

¹² DONIZETTI, 2009, p. 399.

1.1.1 Pressupostos e efeitos da coisa julgada material

Fredie Didier Jr leciona que a coisa julgada material possui os seguintes quatro pressupostos: (i) decisão jurisdicional, pois afirma que a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal; (ii) provimento sobre o mérito da causa; (iii) mérito analisado em *cognição exauriente*; (iv) ocorrência descoisa julgada fõrmal¹³.

Vale no/ar que quando o objeto litigioso é analisado, considera-se que ocorreu a decisão de mérito. Este era o entendimento adotado no art. 468 do CPC de 1973 ao estabelecer que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Ressalte-se, ainda, que a cognição exauriente está presente em decisões definitivas, o que viabiliza a ocorrência de coisa julgada material¹⁴. Assim, ocorre a coisa julgada em relação ao dispositivo e com efeito *inter partes*, como regra.

1.1.2 Sentença, coisa julgada material e Ações Constitucionais

Nos termos do art. 469 do CPC/1973, a coisa julgada material abrangeria somente o dispositivo analisado sem atingir os motivos, a verdade dos fatos e a decisão da questão prejudicial resolvida incidentalmente no processo¹⁵.

Apesar disso, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, Daniel Amorim Assumpção Neves leciona que em razão da teoria da transcendência dos motivos determinantes ou de efeito transcendente de motivos determinantes, o efeito vinculante não estaria limitado ao dispositivo, mas atingiria também os fundamentos principais da decisão¹⁶.

¹³ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 470.

¹⁴ DIDIER JUNIOR; BRAGA, 2008, p. 297.

¹⁵ NEVES, 2013, P. 541.

¹⁶ NEVES, 2013, P. 541.

Contudo, explica que o Supremo Tribunal Federal (STF) não adota a teoria, que estaria relacionada de forma não exclusiva aos limites objetivos da coisa julgada, pois também abrangeria a eficácia vinculante da decisão.

Vale notar que algumas manifestações de Ministros ocorreram em concordância com a referida teoria. No entanto, na Reclamação n. 11477 Agr/CE, noticiada no Informativo n. 668, o STF se manifestou de forma contrária à teoria da transcendência dos motivos determinantes.

O caso da mencionada Reclamação consistiu na aprovação das contas de um prefeito do interior do Ceará pela Câmara Municipal, porém posteriormente rejeitadas pelo Tribunal de Contas, o qual baseou sua decisão na Constituição Estadual do Ceará, que possuía previsão de que caberia ao Tribunal de Contas o julgamento das contas dos prefeitos.

Desse modo, o prefeito alegou em Reclamação que a previsão da Constituição Estadual do Ceará violaria a Constituição Federal, tendo em vista que esta estabelece que o Tribunal de Contas emite parecer prévio no caso de chefes do Poder Executivo, sem julgar as contas¹⁷.

Com a finalidade de embasar sua tese, o prefeito sustentou que o STF já teria se manifestado no sentido de que caberia às Câmaras Municipais o julgamento das contas dos prefeitos e não aos Tribunais de Contas, tendo como precedentes as ADIs 3715 MC/TO, 1779/PE e 849/MT.

Ocorre que, no julgamento dos referidos precedentes, apesar de o STF ter decidido que caberia ao Poder Legislativo o julgamento das contas dos chefes do Poder Executivo, de modo que o Tribunal de Contas deveria apenas emitir parecer prévio, tais conclusões foram expostas somente na fundamentação, pois o dispositivo da decisão consistiu nas normas das Constituições Estaduais de Tocantins, Pernambuco e Mato Grosso¹⁸.

¹⁷ Disponível em < <http://www.dizerodireito.com.br/2012/06/o-stf-nao-admite-teoria-da.html>>. Acesso em 9 mai 2016.

¹⁸ Disponível em < <http://www.dizerodireito.com.br/2012/06/o-stf-nao-admite-teoria-da.html>>. Acesso em 9 mai 2016.

Firmou-se, assim, o entendimento de que o STF adota a Teoria Restritiva¹⁹, de modo que o dispositivo analisado possui eficácia vinculante e erga omnes, porém a fundamentação não possui tais efeitos, de modo que os motivos na fundamentação ou decisão não são vinculantes²⁰.

Pondera-se que a coisa julgada material possui relação com a eficácia vinculante das decisões. No entanto, como esta não consiste em objeto do presente trabalho, será abordado apenas o suficiente para melhor compreensão da coisa julgada material.

1.1.3 Funções Negativa e Positiva da Coisa Julgada

A coisa julgada material produz imutabilidade, de modo que novo processo não poderá versar sobre a mesma causa. Veda-se, dessa forma, que haja novo processo com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Portanto, considera-se função negativa da coisa julgada como o impedimento de novo julgamento de mérito, seja qual for o seu teor, como leciona Daniel Amorim Assumpção Neves²¹. Nesse sentido, esclarece que:

Nessa análise entre diferentes processos, deve-se considerar a parte no sentido material, e não no sentido processual, de forma que, havendo substituição processual em hipótese de legitimação extraordinária concorrente, a propositura de novo processo com a mesma parte contrária, mesma causa de pedir e mesmo pedido, ainda que com outra parte processual defendendo o mesmo direito já defendido anteriormente, não afasta o efeito negativo da coisa julgada.

No âmbito das ações de controle concentrado de constitucionalidade, existirão dois processos com a mesma ação, caso propostas pelo Procurador Geral da República e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, ocorrerá o trânsito em julgado de qualquer dos processos em caso de julgamento, com

¹⁹ No mesmo sentido, Rcl 3294 AgR, Rcl 9778 AgR e Rcl 3014.

²⁰ Disponível em < <http://www.dizerodireito.com.br/2012/06/o-stf-nao-admite-teoria-da.html>>. Acesso em 9 mai 2016.

²¹ NEVES, 2013, p. 537.

consequente coisa julgada material e impedimento de novo julgamento de mérito em outro²².

Em relação à natureza dúplice das ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, pode ocorrer identidade de pedidos, pois a análise do órgão jurisdicional pode ocorrer em sentido positivo ou negativo. Assim, não restaria impedimento para novo julgamento em caso de modificação de elementos da demanda, como em caso de novos fatos jurídicos que originassem nova demanda. Isso ocorre em razão da teoria da tríplice identidade, que somente quando aplicada ao caso concreto teria o condão de gerar a função negativa da coisa julgada²³.

Contudo, vale notar que também há a função positiva da coisa julgada. Apesar da mencionada imutabilidade, em caso de propositura de segunda demanda, que tenha relação jurídica com o que foi decidido na primeira demanda, o juiz poderá julgar o mérito, entretanto vinculado ao que foi decidido em demanda anterior²⁴.

Desse modo, Daniel Amorim Assumpção Neves explica que a função positiva da coisa julgada vincularia todos os juízes na análise incidental de constitucionalidade de norma legal que tenha sido declarada constitucional ou inconstitucional pelo STF²⁵.

1.1.4 Efeitos da Inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal em sentenças e na coisa julgada

Em relação ao processo civil, o art. 472 do CPC/73 estabelecia que a coisa julgada vinculava somente as partes, não atingindo terceiros, que não seriam beneficiados ou prejudicados.

No âmbito das ações constitucionais, sabe-se dos efeitos vinculante e *erga omnes* das decisões. Apesar disso, no julgamento do RE 730.462 definiu

²² NEVES, 2013. p. 541.

²³ NEVES, 2013. p. 538.

²⁴ NEVES, 2013. p. 539.

²⁵ NEVES, 2013. p. 539.

que o efeito vinculante não pode atingir a coisa julgada e os atos passados. Ainda que tais atos tenham sido embasados em dispositivo posteriormente declarado inconstitucional, continuariam abrangidos pela coisa julgada²⁶.

Desse modo, a Reclamação não seria instrumento apto a questioná-los. Somente ação autônoma de impugnação ou a ação rescisória poderiam desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado. Para isso, deve ser proposta no prazo decadencial previsto em lei. Após este prazo, não poderá ocorrer qualquer modificação ainda que o STF tenha declarado a norma como inconstitucional.

Vale notar, no entanto, que a ação rescisória caberá em situações que o STF não tenha se posicionado sobre o tema na época do trânsito em julgado²⁷. Isso porque, caso o STF tenha determinado entendimento à época do julgamento e posteriormente mude de posicionamento, não ocorrerá violação literal de disposição de lei, de modo que a ação rescisória não será cabível²⁸.

Além disso, a doutrina leciona que a imutabilidade da coisa julgada material pode ser afastada em caso de determinadas matérias, conforme previsão dos arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, ambos do CPC/73. A alegação pode ocorrer em embargos e impugnações, por exemplo, defesa típica do executado a fim de que o título seja inexigível por estar relacionado à sentença fundada em lei ou ato normativo que o STF tenha declarado inconstitucional²⁹.

2 DECISÕES DE CONCLUSÃO (SENTENÇA) DOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS CONFORME CPC/2015

Pretende-se cotejar as decisões de conclusão proferidas na prestação da tutela jurisdicional em procedimento comum (sentença) com as decisões

²⁶ Disponível em <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/06/info-787-stf.pdf>>. Acesso em 10 mai 2016.

²⁷ Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2014/11/nao-cabe-rescisoria-contra-acordao-que.html>. Acesso em 10 mai 2016.

²⁸ Disponível em <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/06/info-787-stf.pdf>>. Acesso em 10 mai 2016.

²⁹ NEVES, 2013, p. 548.

proferidas por órgãos colegiados. Far-se-á, desse modo, uma análise das inserções do Código de Processo Civil³⁰ de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) ao sistema de pronunciamento das decisões judiciais, citando-se, para tanto, os procedimentos e fundamentos das sentenças previstos no CPC/2015 e que também se aplicam aos acórdãos proferidos em órgãos colegiados. Antes disso, será apresentada breve classificação dos atos processuais e conceituação do que seja decisão judicial de caráter conclusivo.

2.1 Classificação dos atos processuais

Os atos processuais podem ser classificados, precipuamente, quanto ao objeto (o conteúdo que transportam), ou quanto às pessoas, como se vê abaixo:

I) Objetiva (relativa ao objeto), os atos são:

a) **De iniciativa:** Pretendem iniciar a relação processual. Exemplo: petição inicial.

b) **De desenvolvimento:** Visam movimentar o processo. São os atos de instrução (exemplo: provas e alegações); e de ordenação (exemplo: impulso, formação, direção).

c) **De conclusão:** São os decisórios do juiz ou dispositivos das partes. Exemplo: a desistência, a renúncia, a sentença.

II) Subjetiva (relativa às pessoas). A classificação subjetiva é a adotada pelo Código de Processo Civil/2015:

a) **Atos das partes** (autor e réu): São praticados pelas próprias partes, ou pelos seus advogados, de modo excepcional. Produzem efeitos imediatos, em geral, e em alguns casos necessitam de homologação para externar seus efeitos.

Exemplo: *A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial (Parágrafo único, art. 200 do CPC/2015).*

³⁰ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 9 jul 2016.

b) Atos dos órgãos judiciários: Classificam-se como atos do juiz: a sentença, o despacho, as decisões interlocutórias, além de outros que possam ser definidos em normas de organização judiciária, e aqueles que visem a assegurar a ordem da audiência ou do Fórum de atuação do órgão judiciário. Os atos do juiz expressos no artigo 203 do CPC/2015, portanto, não são taxativos. Manteve o mesmo rol, inclusive, do CPC/1973

2.2 Decisão judicial de conclusão

Pode-se classificar a sentença em ato processual do juiz (praticado por órgão judiciário), de caráter decisório, cujo conceito legal é atribuído pelo parágrafo primeiro do artigo 203 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 2015). Embora, o instituto da sentença seja exaustivamente³¹ tratado na Lei n. 13.105/2015, em verdade as previsões relativas à sentença, em muitos dos dispositivos do código, atendem às decisões judiciais finais (ou de conclusão) como um todo. Como dispõe o artigo 204, de maneira sintética, “Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.” Constituindo a sentença o julgamento proferido por órgãos monocráticos.

O *caput* do artigo 203 pretendeu elencar todos os atos judiciais, mas o fez de modo exemplificativo, já que o juiz pratica outros atos no curso do processo, como de manutenção da ordem das audiências, podendo, inclusive, fazer uso do poder de polícia, entre outros que também não foram alcançados³² pelo artigo 203:

Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1o.

³¹ Inclusive o Capítulo XIII do Livro I (Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença) da Parte Especial do CPC/2015 é intitulado: “DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA”.

³² Também não se incluem na previsão: o acórdão e a decisão do relator. O acórdão será, também, trabalhado neste estudo.

§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário. (Grifo nosso).³³

O conceito legal de sentença não é sintético ou informativo sobre a natureza do instituto, mas expõe sua finalidade. Trata-se de uma definição cuja característica a ser observada é a funcionalidade da sentença para o sistema. Desde a reforma de 2005/ 2006 (que estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento), promovida pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, passou-se a considerar a sentença como a decisão judicial que coloca fim a uma fase processual, não ao processo em si, com resolução, ou não, de mérito. De fato, não se poderia tê-la como o instituto que extingue o processo se, pela via do cumprimento de sentença, passou-se a admitir que resolvida a questão de mérito, automaticamente, entra-se na fase de cumprimento daquele título judicial constituído (sentença). Incorporou-se, desse modo, um sincretismo processual ao Direito Processual Civil, já que uma vez extinta a fase de conhecimento, passa-se ao cumprimento daquele título judicial, quando for o caso.

A sentença, considerada como “ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, [...] o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”, configura um ato processual que parece atender ao modelo sincrético adotado por nosso sistema, e a previsão pode ser considerada ainda mais precisa, consolidada no CPC/2015, quando comparada com a do CPC/1973, por terem sido incorporadas as ressalvas das disposições relativas aos procedimentos especiais.

³³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 jul 2016.

O artigo 485 trata das sentenças terminativas, assim classificadas as sentenças que colocam fim à fase processual sem resolução de mérito, literalmente:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado.

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

§ 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

§ 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

§ 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu.

§ 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se³⁴.

Como se vê, o parágrafo 7º insere uma novidade, qual seja a ampliação do juízo de retratação aos casos de extinção do processo sem resolução de mérito. Funciona como um mecanismo de pressão para que o juiz somente extinga o processo, por um desses critérios do artigo 485 quando, de fato, não houver possibilidade de se analisar o mérito. Essa verificação está em consonância com a transformação pela qual passou o Direito Processual Civil nos últimos anos, a partir do deslocamento do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, isso implicou maior centralidade das normas fundamentais do processo civil, em direção à maior efetividade da Constituição e dos valores nela agregados.

O artigo 485 pode ser interpretado como subsidiário ao artigo 487, de tal modo que a conceituação legal não estaria equivocada se trabalhasse a sentença como o ato judicial (de órgão judiciário) que extingue uma fase processual, preferencialmente pelas regras do artigo 487, mas que admite, em segundo plano, a aplicação do artigo 485.

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem

³⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 9 jul 2016.

que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se³⁵.

Essa percepção guarda proximidade com o “princípio da primazia da resolução de mérito³⁶”, segundo o qual as decisões que resolvem o litígio e analisam efetivamente o mérito devem prevalecer às decisões que extinguem o processo por um vício de formalidade, pois a parte ao reivindicar do Estado, detentor exclusivo do poder jurisdicional, a tutela de seu direito não pretende que se extinga o processo por uma razão processual.

A extinção por vício de forma pode significar a sobreposição do ônus da transação à efetivação da prestação jurisdicional. Seria como se os sujeitos do processo preferissem ter a lide paralísada, não solucionada, em razão dos custos envolvidos no processamento da causa, de ordem econômica ou temporal, em lugar de preferirem sua pacificação definitiva por uma análise de mérito.

A resposta a essa verificação, e pretensão de mudá-la, veio pela redução dos custos da tramitação do processo e pelo estímulo à autocomposição³⁷. Essa figura da solução por iniciativa das partes, ainda que em âmbito judiciário, surge no Código de Processo Civil como uma efetiva política pública a ser desenvolvida pelos Tribunais. Nesse sentido, a lição do artigo 139:

Lei nº 13.105/2015³⁸:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo; [...]

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais [Grifou-se]

Da leitura deste tópico já se pode extrair a informação de que o juiz deverá proferir sentença e o órgão colegiado, acórdão, visando ao objetivo de

³⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 9 jul 2016.

³⁶ DIDIER JUNIOR, 2015, p. 136.

³⁷ DIDIER JUNIOR, 2015, p. 165.

³⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 9 jul. 2016.

dar fim à lide por uma solução de mérito, mediante atuação imparcial, garantindo às partes a efetiva prestação da tutela jurisdicional. E, ao fazê-lo, deverá atentar-se aos elementos da sentença, definidos pelo artigo 489 do CPC/2015, quais sejam:

a) O relatório, “que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”³⁹. É o histórico da sentença, a parte em que o julgador irá qualificar as partes e narrar os fatos ocorridos e apresentar a síntese das fases postulatória e instrutória;

b) Os fundamentos, “em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”⁴⁰;

c) O dispositivo, “em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”⁴¹. Parte da sentença em que, efetivamente, o juiz profere a sua decisão sobre o caso posto a seu julgamento.

Os elementos da sentença, no rol apresentado acima, não se alteraram em relação aos anteriores elementos da sentença previsto no extinto artigo 458 do CPC/1973, mas se inseriu uma nova sistemática⁴² para a fundamentação da sentença (e dos acórdãos, bem como às demais decisões de conteúdo

³⁹ Inciso I, artigo 489, do CPC/2015.

⁴⁰ Inciso II, artigo 489, do CPC/2015.

⁴¹ Inciso III, artigo 489, do CPC/2015.

⁴² Destaque para os parágrafos do artigo 489 do CPC/2015: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

decisório), fortalecendo o dever do juiz em explicitar as razões de sua decisão. O jurista Piero Calamandrei de forma sucinta expressou-se no sentido de que “a natureza humana não é capaz de alcançar verdades absolutas”, todavia, consiste em “um dever de honestidade acentuar o esforço para se chegar o mais perto possível dessa meta inalcançável”⁴³. Por conseguinte, não é por ser a verdade absoluta inalcançável que o juiz poderá julgar o mérito sem a convicção da verdade.

Ao se focar na solução da lide, e tirar o foco da extinção do processo, o legislador resgatou ao julgador a essencial razão, o real motivo de o particular recorrer à Justiça e reivindicar uma solução ao conflito, por meio do pronunciamento da sentença ou do acórdão. Em última análise, o que, de fato, buscam as partes em juízo é a solução do conflito pela atuação do Estado-juiz, que atua por meio de um órgão imparcial, mas não neutro. Cumpre ressaltar o que já é demais debatido em Filosofia do Direito, a noção de que o juiz não é neutro, mas imparcial. Não se espera do julgador a neutralidade, pelo motivo de que todo o ser humano compreende convicções e valores apreendidos ao longo de sua vida por suas interações sociais, estudos desempenhados e assimilações por suas experiências. Etimologicamente, do latim “SENTENTIA⁴⁴”, “julgamento, opinião, pensamento, significado”, de SENTIRE, “ser da opinião de, sentir, perceber”. Implica que o julgador deverá proferir a sentença a partir de sua percepção de justiça, com fundamento na legislação em vigor.

Todavia, enquanto a noção de neutralidade não é exigida do julgador, a sua imparcialidade é imposta como dever Constitucional, expresso no princípio do Juiz Natural⁴⁵, segundo o qual ninguém poderá ser julgado por tribunal de

⁴³ CALAMANDREI, 1955, p. 190.

⁴⁴ Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/sentenca>. Acesso em 8 mai 2016, às 16h.

⁴⁵ Conforme disposições constitucionais (sem exclusão de outras que orientem para a mesma razão): Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

exceção. Um exemplo de julgamento ferido por parcialidade há, na recente, mas já consagrada decisão de Juiz da Vara Criminal (abaixo).

DECISÃO: Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão. Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional),... Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário. Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia,... Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra – e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. Expeçam-se os alvarás. Intimem-se. Palmas – TO, 05 de setembro de 2003. Rafael Gonçalves de Paula. Juiz de Direito (Juiz Rafael Gonçalves de Paula, autos nº 124/03 – 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas/TO)

Julgamento com fundamentação semelhante ao apresentado, na esfera Civil, estaria marcado por ilegalidade, e mais do que isso, por inconstitucionalidade, pois o parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC, complementa o dever de fundamentação constitucional⁴⁶ e impõe que “Não se

⁴⁶ Conforme artigo 93, inciso IX da Constituição da República/1988: Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais

considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que”, entre outros: [...] :

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador

É importante reforçar, como bem pronunciou Fredie Didier Jr., que os acórdãos também podem se fundamentar nos artigos 485 e 487 do CPC/2015:

[...] não é apenas a sentença que pode fundar-se em uma das hipóteses dos arts. 485 e 487. Acórdãos (decisões colegiadas proferidas por tribunal) e decisões proferidas por relator também podem fundar-se nas mesmas hipóteses. Basta imaginar a decisão de um relator que indefere a petição inicial (art. 485, I) de uma ação rescisória (causa de competência originária de tribunal) ou o acórdão que julga procedente (art. 487, I, CPC) uma reclamação (também ação de competência originária de tribunal)⁴⁷.

Quanto aos procedimentos, a decisão em órgão colegiado, segue o rito específico da lei que o disciplina, observando-se, sempre, o órgão competente para decidir sobre a ação. A exemplo da previsão dos arts. 22 e 23 da Lei n. 9.868/1999⁴⁸, de que a prolação de decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade ou na Ação Declaratória de Constitucionalidade depende da presença de ao menos oito ministros na sessão de julgamento, dos quais, ao menos seis, devem se manifestar favoravelmente ao pedido do autor. O quórum não precisa ser obtido em uma única audiência, conforme já se posicionou o plenário do STF no julgamento da ADI: 526 DF⁴⁹, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 12/12/1991 e publicada no DJ 05-03-1993.

a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

⁴⁷ DIDIER JUNIOR, 2015, p. 706.

⁴⁸ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Optou-se por este diploma, em razão da centralidade das ações declaratórias constitucionais e diretas de inconstitucionalidade para o estudo do Processo e Constituição e para a publicação em que se veicula o artigo.

⁴⁹ I. Medida provisória: controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência (possibilidade e limites); recusa, em princípio, da plausibilidade da tese que nega, de logo, a ocorrência daqueles pressupostos, dado o curso paralelo de projeto de lei, ao tempo da edição da

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

medida provisória questionada. li. Funcionário público: remuneração: revisão geral (cf, art. 37, x) e reavaliação de cargos, grupos ou carreiras: diferença. O art. 37, x, da constituição, que impõe se faça na mesma data "a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares", e um corolário do princípio fundamental da isonomia; não e, nem razoavelmente poderia ser, um imperativo de estratificação perpetua da escala relativa dos vencimentos existente no dia da promulgação da lei fundamental: não impede, por isso, a nova avaliação, por lei, a qualquer tempo, dos vencimentos reais a atribuir a carreiras ou cargos específicos, com a ressalva expressa de sua irredutibilidade (cf, art. 37, xv). Não obstante, constitui fraude ao mandamento constitucional do art. 37, x, dissimular a verdade do reajuste discriminatório mediante reavaliações arbitrárias. Iii. Medida provisória 296/91: reavaliações aparentemente legítimas de carreiras e cargos específicos (arts. 2 e 6); suspeita plausível de dissimulação abusiva de mero reajuste geral da expressão monetária da remuneração do funcionalismo com exclusões discriminatórias (art. 1). Iv. Isonomia: dilema da caracterização do vício de legitimidade da lei por "não favorecimento arbitrário" ou "exclusão inconstitucional de vantagem:" inconstitucionalidade por ação ou por omissão parcial: consequências diversas da correspondente declaração de inconstitucionalidade, conforme a caracterização positiva ou negativa da inconstitucionalidade arguida, que, em qualquer das hipóteses, induzem ao indeferimento da liminar requerida. No quadro constitucional brasileiro, constitui ofensa a isonomia a lei que, a vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não do alcance universal a revisão de vencimentos destinada exclusivamente a minorá-la (cf, art. 37, x), ou que, para cargos de atribuições iguais ou semelhantes, fixa vencimentos dispares (cf, art. 39, par-1). Se, entretanto, admitida a plausibilidade da arguição assim dirigida ao art. 1 da mprov. 296/91, se entende ser o caso de inconstitucionalidade por ação e se defere a suspensão do dispositivo questionado, o provimento cautelar apenas prejudicaria o reajuste necessário dos vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem nenhum benefício para os excluídos do seu alcance. Se, ao contrário, se divisa, no caso, inconstitucionalidade por omissão parcial, jamais se poderia admitir a extensão cautelar do benefício aos excluídos, efeito que nem a declaração definitiva da invalidade da lei poderá gerar (cf, art. 103, par-2). V. Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa das entidades nacionais de classe (inteligência): afirmação da ilegitimidade ad causam da federação nacional dos sindicatos brasileiros e associações de trabalhadores da justiça do trabalho.

(STF - ADI: 526 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/1991, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-03-1993)

Sobre os efeitos dessas decisões, conforme disposição do art. 27⁵⁰ da precitada Lei n. 9.868/1999, além da eficácia *ex tunc* tradicional, a declaração de inconstitucionalidade poderá ser modulada de três maneiras⁵¹, a saber: a) *Ex tunc* restritiva: por uma limitação temporal da retroatividade dos efeitos da declaração; b) *Ex nunc*, a partir do trânsito em julgado (efeito prospectivo)⁵²; c) Eficácia projetada para o futuro.

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

3 A COISA JULGADA NO CPC/2015

No que se refere à coisa julgada, a doutrina é praticamente unânime ao afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 reconstruiu o sistema, avançando em relação ao modelo do CPC/1973, que se mostrava ultrapassado,

⁵⁰ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, **por maioria de dois terços de seus membros**, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁵¹ 1) Efeitos retroativos plenos: é a regra. Aplicação do princípio da nulidade, ou seja, a norma é excluída do ordenamento jurídico desde a sua gênese (eficácia *ex tunc*);

2) Modulação de efeitos: havendo razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, mediante voto de dois terços dos seus ministros, o STF pode adotar:

2.1) efeitos retroativos limitados: o STF pode determinar que a norma declarada inconstitucional produza efeitos até um determinado marco temporal anterior à declaração de inconstitucionalidade. A decisão de inconstitucionalidade terá alguma eficácia retroativa, mas não excluirá a norma desde a sua formação, deferindo a ela alguma aplicabilidade;

2.2) efeitos *ex nunc*: o STF pode excluir completamente os efeitos retroativos, de modo que a norma seja considerada aplicável até o trânsito em julgado da decisão. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade iniciarão apenas a partir do trânsito em julgado.

2.3) efeitos para o futuro: nesta modalidade, o STF firma um marco temporal futuro a partir do qual a norma declarada inconstitucional perderá sua aplicabilidade. Neste tipo de decisão, a norma inconstitucional continuará a ser aplicada até o advento do termo fixado pelo STF. Apenas a partir do acontecimento futuro e certo firmado pelo Tribunal é que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade começarão a se produzir, excluindo a norma do ordenamento.

⁵² (STF - ADI: 4029 AM, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012)

incoerente e na prática, não tinha respostas adequadas para uma série de problemas.⁵³

Nesse diapasão, as alterações devem ser observadas de forma detida e pormenorizada, o que será feito a partir do próximo tópico.

3.1 A Coisa Julgada como Qualidade da Decisão

A análise das mudanças relativas à coisa julgada deve se iniciar pela comparação entre a redação do art. 467 do CPC/1973⁵⁴ e, seu substituto, o art. 502 do CPC/2015⁵⁵, dispositivos que parecem carregar em si a pretensão de conceituar o instituto.

Na Lei de 1973 a Coisa Julgada material foi definida como, “... a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”; enquanto o legislador de 2015 optou por conceituá-la como “... a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Destaca-se de pronto, que enquanto na lei anterior foi positivada a ideia de que a coisa julgada era um “efeito”, na novel legislação o termo utilizado foi “autoridade”.

Na verdade, segundo a doutrina de José Maria Tesheiner⁵⁶, o CPC/2015 incorporou a nomenclatura utilizada por Liebman, a partir do qual, passou-se a distinguir eficácia da sentença de autoridade da coisa julgada, deixando-se então de se falar em efeitos da coisa julgada.

Sem embargos, para Liebman, a expressão *res judicata*, “não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho;

⁵³ WAMBIER et. al, 2015, p. 1.280.

⁵⁴ Art. 467 do CPC-73: Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

⁵⁵ Art. 502 do CPC-15: Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

⁵⁶ TESHEINER; NUNES; CUNHA, 2016, p.714.

indica pelo contrário a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles”.⁵⁷

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁵⁸, aparentemente com razão, apontam que houve apenas uma mudança de rótulo, pois, “qualidade” é um atributo conferido a um fato jurídico por uma norma jurídica, o que o torna necessariamente um efeito jurídico.

Ressaltam ainda, que afirmar ser um efeito jurídico não significa o mesmo que afirmar ser um efeito da decisão, pois, a coisa julgada é efeito de um fato jurídico composto, do qual a decisão com base em cognição exauriente é apenas um dos seus elementos, o outro é o trânsito em julgado.⁵⁹⁻⁶⁰

No mesmo diapasão, Antônio do Passo Cabral já defendia em obra anterior ao CPC/2015⁶¹, que a coisa julgada não era um efeito da sentença, mas um efeito sistêmico, formado a partir da combinação das vinculações assumidas pelos sujeitos do processo.

Dessa forma, não obstante o legislador ter positivado a tese de Liebman defendida majoritariamente no Brasil⁶², verifica-se que autorizada doutrina entendia estar correta a opção do art. 467 do CPC/1973, inclusive, porque embora afirme que a coisa julgada é a eficácia que torna imutável e indiscutível

⁵⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 624.

⁵⁸ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 514.

⁵⁹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 516.

⁶⁰ Neste sentido: “(i) a eficácia da sentença, por ser distinta da eficácia da coisa julgada, produz-se independentemente desta; (ii) a eficácia da sentença, desde que não confundida com a figura do trânsito em julgado, não sofre qualquer limitação subjetiva: vale perante todos; (iii) a imutabilidade dessa eficácia, ou seja, a impossibilidade de se questionar a conclusão a que se chegou na sentença, na visão clássica do processo civil, limita-se às partes do processo perante as quais a decisão foi proferida, e só ocorre com o trânsito em julgado da decisão” (STJ, 2ª S, REsp nº 1189679/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe de 12/12/2010).

⁶¹ CABRAL, 2014, p. 355.

⁶² Sobre o tema, emblemática a defesa da mudança do termo feita por Cândido Rangel Dinamarco in: O Novo Código de Processo Civil e a Ordem Processual Civil Vigente. Revista de Processo. V. 247. RT. Setembro/2015, p. 99; afirmando que: “Foi muito louvável a modificação do conceito de coisa julgada pelo art. 502 do novo CPC, que evitou a referência a ela como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso”, contida no art. 467 do velho Código. Agora a coisa julgada é corretamente definida como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” porque, como se sabe e vem de uma prestigiosíssima lição lançada por Enrico Tullio Liebman no longínquo ano de 1935 (Efficacia e autorità della sentenza), a coisa julgada não é um efeito, ou uma eficácia da sentença mas uma sua peculiar autoridade, consistente na imutabilidade de seus efeitos. É elementar e notória a distinção entre eficácia e autoridade, à qual o novo Código foi rigorosamente fiel”.

a sentença, o art. 467 do CPC1973 nunca disse que este efeito era proveniente da própria sentença.⁶³

3.2 A coisa julgada material e a coisa julgada formal

O art. 502 do CPC/2015 manteve na legislação processual brasileira a distinção entre os conceitos de coisa julgada formal e material.

Como visto em capítulo anterior, majoritariamente, a coisa julgada formal ou preclusão máxima é entendida como a impossibilidade de modificação da decisão por qualquer meio processual dentro do mesmo processo em que foi proferida. Trata-se de fenômeno endoprocessual que se faz presente em todo e qualquer processo (conhecimento, execução, cautelar), seja a sentença (ou decisão) terminativa ou definitiva, a partir do trânsito em julgado.⁶⁴

A coisa julgada material, por sua vez, atingiria apenas as decisões de mérito proferidas mediante cognição exauriente e projeta-se para fora do processo em que proferida a decisão, pois, ela impede que a decisão seja alterada ou desconsiderada em outros processos.⁶⁵

Noutro diapasão, deve-se atentar que, embora majoritários, esses conceitos sofriam severas críticas desde o CPC/1973 e o debate deverá se intensificar com o advento do CPC/2015.

Sem embargos, ao comentar o art. 502 do CPC/2015, Eduardo Talamini, com razão, afirmou ser equívoco querer vincular a coisa julgada à decisão de mérito, pois, segundo ele, “a coisa julgada consiste sempre na imutabilidade e indiscutibilidade do comando da decisão sobre o qual ela recai. O atributo de formal ou material é do comando, e não da coisa julgada”.⁶⁶

Neste diapasão, coisa julgada formal é a autoridade que torna indiscutível e imutável as decisões de conteúdo processual, enquanto a coisa

⁶³ WAMBIER et al., 2015, p. 1.280.

⁶⁴ NEVES, 2016, p. 795.

⁶⁵ NEVES, 2016, p. 796.

⁶⁶ TUCCI et al., 2015, p. 809.

julgada material torna indiscutível e imutável decisões de conteúdo meritório.

67

Assim, nos termos dessa teoria: “coisa julgada formal e coisa julgada material projetam-se para fora do processo em que a decisão fora proferida; não haveria distinção entre elas; a distinção seria entre os respectivos objetos”.⁶⁸

Ao que parece, o preceito previsto no §1º do art. 486 do CPC/2015 deverá dar combustível novo para os que defendem a reconceituação da coisa julgada formal e da própria coisa julgada.

A redação do dispositivo é o seguinte: “No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito”.

Sem embargos, o texto enumera as hipóteses em que o processo é extinto sem resolução do mérito por alguma invalidade⁶⁹ e, não teria sentido permitir a repropositura da ação sem que o defeito tenha sido corrigido.

Com efeito,

Se a petição foi reconhecida como inepta por falta de pedido (art. 485, I, c/c art. 330, §1º, I, CPC), a repropositura da demanda somente será aceita se agora o pedido vier formulado; se à parte autora faltava legitimidade extraordinária (art. 485, VI, CPC), a repropositura somente será admitida se sobrevier a legitimidade que faltava; se a extinção se dera por falta de autorização conjugal ou de comprovação da representação judicial (procuração), a renovação da demanda somente será viável com a prova do consentimento do cônjuge ou com a juntada do instrumento de representação judicial.⁷⁰

Neste diapasão, verifica-se que o legislador conferiu em algumas hipóteses de decisão que extingue o processo sem resolução do mérito,

⁶⁷ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 518.

⁶⁸ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 518.

⁶⁹ As outras hipóteses de extinção sem resolução do mérito são por: abandono, desistência ou morte, não havendo, portanto, vício nenhum que gere invalidade e precise ser corrigido.

⁷⁰ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 518, p. 530.

estabilidade que extrapola o processo em que foi proferida, de modo que, reproposta a demanda, o juiz do segundo processo ficará vinculado à decisão de conteúdo processual.

Com razão, afirmam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁷¹ que “se a decisão se torna indiscutível e se essa indiscutibilidade opera-se também para fora do processo, não há razão para não chamá-la de coisa julgada”.

De outra banda, cumpre salientar, que mesmo na ausência de disposição expressa do CPC/1973 nesse sentido⁷², o Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo que nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito por invalidade, para se admitir a repropositura da ação, o vício deveria ser corrigido.

Neste sentido, a decisão tomada nos Embargos de Divergência no Recurso Especial - EREsp 160.850/SP, opostos pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC em litígio com o Banco do Brasil S.A., contra Acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Na oportunidade, o IDEC tentava modificar decisão no Recurso Especial, que extinguiu o processo, impedindo-o de repropor uma ação, cujo conteúdo da decisão transitada em julgado no processo anterior havia sido de extinção por ilegitimidade da parte, sob o fundamento de que:

A sentença que indefere a petição inicial e julga extinto o processo, sem o julgamento de mérito, pela falta de legitimidade passiva para a causa, faz trânsito em julgado material, se a parte deixar transcorrer em branco o prazo para a interposição do recurso cabível, sendo impossível o novo ajuizamento de ação idêntica.

A embargante alegou que a extinção do primeiro processo sem julgamento de mérito, em razão da ilegitimidade, não seria obstáculo à

⁷¹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 518.

⁷² O dispositivo do CPC/1973 correspondente é o art. 268, que veda a renovação da ação apenas na extinção por litispendência, coisa julgada ou preempção. A redação do CPC/2015 não mais menciona a preempção e a coisa julgada, mas inclui o indeferimento da inicial, a falta de condições da ação ou de pressupostos processuais, a existência de convenção de arbitragem.

propositura de nova ação, vez que, a decisão fez coisa julgada formal, e não material, apontando julgados paradigmas que corroboravam a tese.⁷³

No voto vencedor do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ficou firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que a extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de legitimidade ad causam, forma coisa julgada formal, e não coisa julgada material, o que impede a discussão da questão no mesmo processo e não em outro. Conquanto, malgrado não se poder excluir, *prima facie*, a possibilidade de o autor repropor a ação, ele terá que sanar a falta da condição anteriormente ausente:

Tendo sido o processo extinto por falta de legitimidade do réu, não se permite ao autor repetir a petição inicial sem indicar a parte legítima, por força da preclusão consumativa, prevista nos arts. 471 e 473, CPC, que impede rediscutir questão já decidida.

Assim, verifica-se que, aparentemente, os Ministros resistiram em fazer mudanças nos paradigmas conceituais estabelecidos para coisa julgada, mas, na prática, estenderam para outro processo, a estabilidade de uma decisão que fez apenas coisa julgada formal, ou seja, cuja vocação seria para produzir apenas efeitos endoprocessuais.

Talvez em reforço a ideia de que a coisa julgada estabiliza o conteúdo da decisão, qualquer que seja ela, o CPC/2015 traz também a previsão expressa do cabimento de ação rescisória para rescindir a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, § 2º).

Conquanto, autorizada doutrina⁷⁴ discorda de que o fato do CPC/2015 possibilitar a ação rescisória signifique necessariamente que haja coisa julgada, sob o argumento de que mesmo não se tratando *res judicata* o Estado não está obrigado a agasalhar pretensões manifestamente inviáveis, quando essa ausência de condições mínimas para um julgamento da postulação de direito

⁷³ AgRg 232205/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ em 26/06/2000 - REsp 281711/MG, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ em 18/12/2000.

⁷⁴ TUCCI et al., 2015, p. 782.

material não é corrigida e o autor reitera a mesma petição inicial, com o mesmo defeito.

Por fim, cumpre ressaltar o magistério de Antônio do Passo Cabral⁷⁵, segundo o qual, malgrado discorde do posicionamento adotado pelo legislador no CPC-15, reconhece que ele fez subsistir e talvez até tenha realçado a distinção entre coisa julgada formal e material, uma vez que, enquanto o art. 467 do CPC/1973 mencionava genericamente “sentença”, sem afirmar peremptoriamente que a coisa julgada material só atingia as sentenças “de mérito”, na novel legislação o art. 502, substituiu a palavra “sentença” pela expressão “decisão de mérito”.

3.3 A coisa julgada nas decisões interlocutórias

É importante destacar que os arts. 502 e 503 do CPC/2015, ao mencionar o ato processual atingido pela coisa julgada, adotam o termo “decisão” (gênero), ao passo que os arts. 467 e 468 do CPC-73, seus predecessores, utilizavam a locução “sentença” (espécie de decisão), demonstrando a preocupação de adequar o texto legal às diversas hipóteses de decisões previstas no CPC e que fazem coisa julgada, como os acórdãos e as decisões de mérito proferidas pelo relator monocraticamente.

A terminologia genérica “decisão” abarca também as decisões interlocutórias de mérito, porquanto, o novo CPC passou a prever expressamente a possibilidade de fracionamento do mérito quando dispõe sobre o julgamento antecipado da lide parcial (art. 354, parágrafo único, art. 356, *caput* e art. 1.015, inc. II); decisões que poderão ser protegidas pela coisa julgada.⁷⁶

O CPC/2015 autoriza também a homologação de autocomposição parcial e o recurso parcial, de forma que num mesmo processo pode haver diversas

⁷⁵ WAMBIER et al., 2015, p. 1.282.

⁷⁶ WAMBIER et al., 2015, p. 1.284.

coisas julgadas, fruto de diversas decisões que resolveram questões diferentes em distintos momentos processuais e, possivelmente, em juízos distintos.⁷⁷

3.4 A necessidade de decisão expressa para que exista coisa julgada

Malgrado estar consagrado na doutrina que só se pode falar em coisa julgada naquilo que foi decidido, o advérbio “expressamente” não constava do CPC/1973, e chega em boa hora no CPC/2015, a fim de evitar construções teóricas como a que deu supedâneo ao enunciado da súmula 453 do STJ, com a seguinte redação: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”.⁷⁸

Sobre o tema, o CPC/2015 tratou de forma específica no §18 do art. 85, ao dispor que: “Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança”.

Neste diapasão, o enunciado 08 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual: “Fica superado o enunciado 453 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC”.

Com efeito, a parte da lide não decidida pode ser objeto de embargos de declaração para suprir a omissão e, caso isso não ocorra, a coisa julgada acobertará apenas o que foi decidido e a parcela da lide ignorada na decisão ou sentença poderá ser objeto da repropositura de outra ação.⁷⁹⁻⁸⁰

3.5 A coisa julgada da questão prejudicial incidental

Os limites objetivos da coisa julgada são dados pelos arts. 503 e 504 do CPC/2015. No primeiro, tem-se a assertiva do que faz coisa julgada e no segundo do que não faz.

⁷⁷ CABRAL; CRAMER, 2015, p. 761-762.

⁷⁸ CABRAL; CRAMER, 2015, p. 761.

⁷⁹ Estar-se-á diante de sentença citra petita.

⁸⁰ NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1220.

O *caput* do art. 503 repete a regra geral do art. 468 do CPC/1973, segundo a qual, a autoridade da coisa julgada está vinculada aos elementos da lide, que são: os sujeitos, a causa de pedir e o pedido.⁸¹

No art. 504, o legislador, talvez para evitar incertezas, também adotou a técnica do CPC/1973 (art. 469) ao indicar elementos da decisão que não adquirem a autoridade da coisa julgada, que são: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença⁸² e; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

A novidade está no §1º do art. 503 do CPC-15, que traz um regime especial da coisa julgada relativa às questões prejudiciais de mérito incidentais, que no CPC-73 estavam no rol do art. 469 (como elemento que não fazia coisa julgada), mas podiam, entretanto, vir a fazer coisa julgada se a parte interessada requeresse por meio de declaratória incidental, ampliando o *thema decidendum*.

O §1º do art. 503 do CPC tem a seguinte redação:

O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Trata-se de importante alteração nos limites objetivos do instituto. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero,⁸³ lecionam que ao prever a possibilidade de a questão prejudicial debatida no processo adquirir, mesmo sem pedido das partes⁸⁴, força de coisa julgada, o CPC/2015 possibilita

⁸¹ CINTRA, 2008, p. 319.

⁸² Não parece inteiramente correta a assertiva de que os motivos da decisão não ficam estabilizados e podem ser rediscutidos a qualquer tempo, sobretudo, porque o CPC-15 determina que: "A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé" (art. 489, §3º).

⁸³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 624.

⁸⁴ No sentido, o enunciado 165 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "*A análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada, independentemente de provocação específica para o seu reconhecimento*".

a passagem de um quadro de “*teorização estática e privatista*” da coisa julgada para um “*marco dinâmico*”, em que o debate, as decisões e suas respectivas justificações passam a ter uma importância que não tinham no sistema do CPC/1973.

As questões prejudiciais são aquelas que o magistrado tem que resolvê-las como etapa necessária para decidir as questões principais e que vão determinar o teor dessa decisão. Elas são resolvidas incidentalmente e integram a fundamentação da decisão da questão principal.

Conquanto, vale a ressalva de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁸⁵, segundo os quais:

A questão prejudicial pode ser principal ou incidental - nem toda questão prejudicial é incidental. Quando a questão prejudicial é o próprio objeto litigioso do processo (questão a ser resolvida principaliter), a doutrina costuma a referir-se à causa prejudicial, ao invés de “questão prejudicial”, expressão que ficaria restrita à situação em que o exame da questão fará parte apenas da fundamentação da decisão - ou seja, quando a questão prejudicial é incidental.

Malgrado a decisão das questões prejudiciais incidentais integrem os fundamentos da decisão da questão principal, Eduardo Talamini⁸⁶ afirma com razão, que isso não constitui no §1º do art. 503 uma exceção à norma do art. 504 do CPC, pois, ao decidir expressamente a questão prejudicial incidental observando os requisitos legais do regime especial de coisa julgada, o magistrado estará proferindo um comando judicial e não simplesmente fundamentando.⁸⁷ Neste diapasão, conclui que:

Não se trata de exceção à regra que limita a coisa julgada aos dispositivos. A hipótese constitui exceção, isso sim, à norma que permite que o juiz apenas decida as pretensões efetivamente postas pelas partes. Nesse caso, basta que se estabeleça o efetivo contraditório sobre questão prejudicial do âmbito de competência absoluta do juízo para que o juiz sobre ela emita decisorio. Ou seja, em contraste com o CPC/1973, a novidade não está em

⁸⁵ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 518.

⁸⁶ TUCCI et al., 2015, p. 809.

⁸⁷ No sentido de que o §1º do art. 503 do CPC-15 constitui uma exceção ao art. 504: DIDIER JUNIOR et al., 2015, p. 518.

estender-se a coisa julgada à fundamentação, mas sim em dispensar-se a ação declaratória incidental para que o juiz possa proferir comando sobre a questão prejudicial.⁸⁸

Muito embora adequado o entendimento precitado, isso não significa que para haver coisa julgada no regime instituído pelo §1º do art. 503 do CPC seja necessário que a resolução expressa da questão prejudicial incidental precise estar localizada topologicamente no dispositivo da decisão, conforme enunciado 438 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁸⁹⁻⁹⁰⁻⁹¹

⁸⁸ TUCCI et al., 2015, p. 809.

⁸⁹ Enunciado 438 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: É desnecessário que a resolução expressa da questão prejudicial incidental esteja no dispositivo da decisão para ter aptidão de fazer coisa julgada.

⁹⁰ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, entendendo em sentido contrário afirmam que: “A resposta parece ser bastante simples, mesmo em decorrência da definição aqui adotada. Se esse fenômeno incide sobre a declaração contida na sentença e se essa declaração somente pode existir como resposta jurisdicional à demanda, é certo que a coisa julgada atingirá apenas a parte dispositiva da sentença. Como refere o art. 504, os “motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”, e a “verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”, não fazem coisa julgada. Assim, as questões da causa expressamente decididas pelo dispositivo da sentença adquirem a imutabilidade característica da coisa julgada (art. 503, caput). A questão está em saber o que pode ser objeto da parte dispositiva da sentença. Em um sistema que concebe a coisa julgada a partir de um contexto argumentativo dinâmico e cooperativo, pode ser objeto do dispositivo da sentença não só os pedidos das partes, mas também a resolução de questão prejudicial evidenciada no curso do processo, inclusive identificada de ofício pelo juiz (art. 503, §§ 1.º e 2.º). Em primeiro lugar, as questões devidamente alegadas pelas partes em suas manifestações iniciais (ação, defesa e eventualmente reconvenção) podem obviamente ser objeto da parte dispositiva da sentença. Se foram expressamente decididas, ficarão acobertadas pelos limites objetivos da coisa julgada (art. 503, caput). Se não o foram, assim como aquelas alegações que poderiam ter sido formuladas, mas não foram, não entram nos domínios dos limites objetivos da coisa julgada, mas são apanhadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508). (...) Em segundo lugar, a questão prejudicial, devidamente alegada pelas partes com respectivo pedido ou independentemente de pedido, pode ser objeto da parte dispositiva da sentença (art. 503, §§ 1.º e 2.º). (...) A possibilidade de formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, inclusive mediante provocação de ofício pelo juiz, suplantou a necessidade de ação declaratória incidental, que por essa razão não foi prevista no novo Código. No novo Código, tendo o juiz competência absoluta para conhecer da questão prejudicial, sendo o procedimento de cognição exauriente e tendo havido contraditório prévio e efetivo, a solução da questão prejudicial pode ser objeto do dispositivo e, portanto, sua resolução pode fazer coisa julgada”. In: Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 624.

⁹¹ Mesmo no advento do CPC/1973, os Tribunais chegaram a admitir a formação da coisa julgada nas decisões que por equívoco estivessem localizadas topologicamente na fundamentação, in verbis: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA OMISSÃO CONSISTENTE NO FATO DE NÃO TER CONSTADO EXPRESSAMENTE NO DISPOSITIVO DO ARESTO QUE HOUVE INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. DECISÃO CONSTANTE DA FUNDAMENTAÇÃO, O NECESSÁRIO PARA NÃO SE CONFUNDIR COM MEROS ‘MOTIVOS’ DO ART. 469, I, DO CPC. EXCESSO DE FORMALISMO. DESPROVIMENTO RECURSAL. Consoante entendimento jurisprudencial, ‘é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalista, de modo que abranja não só a parte final da sentença,

3.5.1 Pressupostos para a formação da coisa julgada pelo regime especial

Os §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC/2015, preveem cinco requisitos que devem ser observados cumulativamente para que a decisão seja acobertada pela autoridade da coisa julgada.⁹²⁻⁹³

O primeiro requisito diz respeito à necessidade de haver decisão expressa e o segundo é que a questão a ser resolvida deve ser pressuposto lógico para o julgamento do mérito. Sem embargos, questões resolvidas como *obter dictum* sequer podem ser chamadas de prejudiciais e não ficarão estabilizadas pela coisa julgada.⁹⁴

Em terceiro lugar, exige-se a existência de amplo debate acerca da questão a ser decidida, não se aplicando aos casos de revelia. Neste diapasão, afirmam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁹⁵ que:

Não haverá a referida extensão se a questão prejudicial for trazida ex officio pelo órgão julgador, sem a observância do art. 10 do CPC, que impõe o prévio contraditório; do mesmo modo, não haverá extensão nos casos de revelia, exatamente porque não se considera ter havido contraditório efetivo. No primeiro caso, não basta que o juiz consulte as partes; é preciso que tenha havido manifestação delas a respeito do assunto, bem como que essa manifestação tenha sido apreciada pelo julgador (art. 489, § 1º, IV, CPC).

como também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes' (RT 623/125)" (TJPR, 7ª CC, ED em AC nº 284061-7/01, Rel. Des. José Maurício Pinto de Almeida, DJ de 19/5/2006, p. 241/243).

⁹² Neste sentido o enunciado 313 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: São cumulativos os pressupostos previstos nos §1º e seus incisos, observado o §2º do art. 503.

⁹³ Importante observar que nos processos da fazenda pública a coisa julgada pelo regime especial pressupõe, se for o caso, a remessa necessária, nos termos do Enunciado 439 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, *in verbis*: *Nas causas contra a Fazenda Pública, além do preenchimento dos pressupostos previstos no art. 503, §§ 1º e 2º, a coisa julgada sobre a questão prejudicial incidental depende de remessa necessária, quando for o caso.*

⁹⁴ TUCCI et al, 2015, p. 809.

⁹⁵ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 518.

A regra do inciso II do § 1º determina, portanto, a necessidade de contraditório prévio e efetivo, e não se aplica ao revel, o que indica a preocupação do legislador em evitar que se forme contra a pessoa, coisa julgada relativamente a uma pretensão acerca da qual ela não foi citada.

O quarto requisito a ser observado, é a exigência de que o juiz detenha competência absoluta para julgar em caráter principal a questão prejudicial.

Sem embargos, em determinadas situações o juízo só tem competência para examinar uma questão se ela for incidental, como, por exemplo, a inconstitucionalidade de lei federal que pode ser examinada por qualquer juízo enquanto causa de pedir em sede de controle de constitucionalidade difuso, mas apenas o Supremo Tribunal Federal pode declará-la inconstitucional se essa for à questão principal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.⁹⁶

Com efeito, declarada inconstitucional a lei federal em controle difuso de constitucionalidade por juízo diverso do STF, não haverá coisa julgada.

O quinto e último requisito para a formação da coisa julgada pelo regime especial está prevista no §2º do art. 503 e se refere à existência de restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial, como ocorre, por exemplo, com o Mandado de Segurança e os procedimentos dos juizados especiais.⁹⁷⁻⁹⁸

Como visto, o CPC/2015 adotou dois regimes distintos de coisa julgada, um mais simples, que acoberta apenas as questões principais e um mais complexo, que pode acobertar as questões prejudiciais incidentais caso sejam preenchidos os supracitados requisitos.

⁹⁶ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 537.

⁹⁷ Esta regra não parece ser absoluta, pois, inobstante o Mandado de Segurança conter limitações probatórias, imagina-se situação em que a lide deva ser resolvida com base em prova estritamente documental. Juntados os documentos aos autos e preenchidos os demais pressupostos do regime especial, não se vislumbra nenhum impeditivo para que a questão prejudicial decidida seja acobertada pela coisa julgada.

⁹⁸ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 538, alertam que: “*Essas restrições probatórias ou cognitivas podem, inclusive, decorrer de negócios jurídicos processuais (art. 1º 90, C PC) - não são apenas restrições decorrentes diretamente da lei*”.

Neste tom, foi aprovado o enunciado 111 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, cujo texto afirma que: “Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental”. A justificativa para o interesse de agir na propositura dessa ação declaratória reside em querer migrar do regime especial para o regime geral da coisa julgada (mais simples), obtendo maior segurança jurídica.

Outrossim, inobstante não haver previsão de ação declaratória incidental no CPC/2015, nada impede o ajuizamento de ação declaratória autônoma cujo objeto seja a declaração da questão prejudicial a ser resolvida incidentalmente, tornando-a questão principal em outro processo e forçando o juízo a reunir as demandas, vez que, existirá conexão por prejudicialidade.⁹⁹

Outro ponto que merece destaque é que a extensão da coisa julgada às prejudiciais interfere na lógica do que significa sair vitorioso no processo.

Sem embargos, a vitória no pedido principal, só por si, será insuficiente para se determinar se houve uma vitória ou uma derrota no processo. Com efeito, pode ser que a parte sucumbente (derrotada no pedido principal) obtenha êxito numa questão prejudicial que lhe seja muito mais valiosa.¹⁰⁰

O interesse recursal também foi alterado, pois, o vencedor na questão principal na lide, pode ter interesse em apelar da sentença para desfazer o entendimento sobre uma prejudicial sobre a qual o juízo concluiu em seu desfavor, evitando que o efeito positivo da coisa julgada seja utilizado em outro processo.¹⁰¹

3.5.2 Possíveis influências do regime especial da coisa julgada nas ações de controle de constitucionalidade concentrado

⁹⁹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 540.

¹⁰⁰ WAMBIER et al., 2015, p. 1.296.

¹⁰¹ WAMBIER et al., 2015, p. 1.296.

Por fim, cumpre observar se o novo regime especial de coisa julgada das questões prejudiciais incidentais interfere na coisa julgada das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

A partir desse novo sistema, poder-se-ia imaginar, por exemplo, que o legislador positivou a precitada Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, vez que estendeu a coisa julgada a decisão da questão prejudicial que fundamenta a decisão da questão principal.

Neste diapasão, a partir do exemplo citado no item 1.1.2, em que um prefeito de município cearense pedia por meio de Reclamação que fosse declarado inconstitucional o dispositivo da Constituição Estadual do Ceará, cuja causa de pedir (fundamentação) estava fundada em dois precedentes do STF relativos a dispositivos semelhantes das Constituição dos estados de Tocantins, Pernambuco e Mato Grosso, tem-se que: I) os fundamentos da decisão podem fazer coisa julgada; II) os efeitos dessa coisa julgada, por força de disposição constitucional, seria vinculante e *erga omnes*.

Assim, por força da coisa julgada nos processos anteriores, a Reclamação deveria ser recebida e julgada procedente para beneficiar o prefeito.¹⁰²

Esta conclusão não parece correta.

Polêmicas a parte, quanto à existência ou não de coisa julgada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, não se consegue vislumbrar, *a priori*, questão prejudicial de mérito incidental apta a fazer coisa julgada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 503, §1º do CPC/2015.

Sem embargos, não se pode confundir precedente judicial construído pela função jurisdicional, com questão prejudicial. Como bem afirmam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “A ratio decidendi

¹⁰² Registre-se, que o art. 506 do CPC-15, ao contrário do seu antecessor, o art. 472 do CPC-73, não previu restrição da coisa julgada para beneficiar terceiros, mas apenas para prejudica-los.

não é questão prejudicial - a ratio é a tese jurídica que sustenta a decisão; como tese jurídica, não poderia se tornar indiscutível pela coisa julgada”.¹⁰³

Ao que parece, no CPC/2015 o legislador deu um reforço à teoria da transcendência dos motivos determinantes, mas não por conta da extensão da coisa julgada as questões prejudiciais, mas pela disposição contida no art. 927, inc. I, que inaugura um novo paradigma ao prever a observância obrigatória das decisões que terão eficácia de precedentes.¹⁰⁴

Neste diapasão, o enunciado 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a ratio decidendi do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.

CONCLUSÃO

Observa-se que os elementos da sentença, exigidos em sentenças ou acórdãos, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973, consistiam no relatório, nos fundamentos ou na motivação e no dispositivo ou na conclusão.

Desse modo, a coisa julgada estaria relacionada apenas ao dispositivo da decisão e faria efeito apenas inter partes. Importante destacar que Fredie Didier Jr conceituava a coisa julgada como “a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte definitiva de uma decisão judicial”. Considerava, ainda, a coisa julgada formal como a primeira característica da coisa julgada material.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, conforme a Reclamação n. 11477 Agr/CE, nota-se que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal não adota a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, que estabelecia que o efeito vinculante não estaria limitado ao dispositivo, mas atingiria também os fundamentos da decisão.

¹⁰³ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 534.

¹⁰⁴ NEVES, 2016, p. 843.

Com o Novo Código de Processo Civil de 2015, ocorreram diversas modificações quanto à sentença e à coisa julgada. Dentre as principais novidades, cita-se a possibilidade do juízo de retratação nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito. Essa alteração está em conformidade com a transformação pela qual passou o Direito Processual Civil, a partir do deslocamento do Estado Legislativo para o Estado Constitucional. Como consequência, o processo civil visa dar maior efetividade à Constituição e aos seus valores.

No que concerne à coisa julgada, percebe-se que o CPC/2015 adotou a nomenclatura utilizada por Liebman. Desse modo, passa-se a distinguir eficácia da sentença de autoridade da coisa julgada, de forma a não mais se falar em efeitos da coisa julgada. Não obstante a alteração do “rótulo”, conforme mencionado por Fredie Didier Jr, a “qualidade” é atributo conferido a um fato jurídico, o que o torna necessariamente um efeito jurídico. Assim, verifica-se que a opção do CPC/1973 estava correta, pois embora considerasse que a coisa julgada tornasse imutável e indiscutível a sentença, nunca atribuiu este efeito à sentença.

É oportuno verificar que em razão da importância conferida aos precedentes judiciais pelo Novo CPC/2015, é possível questionar se a Teoria dos Motivos Determinantes continuará, de fato, inaplicável pelo Supremo Tribunal Federal. Observa-se que o art. 927 inaugurou novo paradigma ao prever a observância obrigatória das decisões que terão eficácia de precedentes.

No mesmo sentido, o enunciado 168 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis estabeleceu que

Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.

Por tais motivos, considerando a importância dos precedentes no Novo CPC-2015, bem como a tendência observada no referido enunciado do Fórum

Permanente de Processualistas Cíveis, nota-se que as conclusões sobre a Teoria dos Motivos Determinantes poderão ser distintas em nova e futura análise pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CABRAL, Antônio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile, Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM: 1955

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4

DIDIER JÚNIOR, Fredie. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador. Jus Podivm, 2015. v. 2.

DIDIER JÚNIOR Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela*. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil e a Ordem Processual Civil Vigente. Revista de Processo. V. 247. RT. Setembro/2015, p. 99.

DONIZETTI, Elpídio. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro Lumen Juris 2009.

GRECO, Leonardo. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes;

MARTINS, Sandro Gilbert. (Coord). *Código de Processo Civil Anotado*. Curitiba. OAB-PR, 2015.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. (Coord). *Código de Processo Civil Anotado*. Curitiba. OAB-PR, 2015.

TESHEINER, José Maria. Art. 502. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro. (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Dogma da coisa julgada*. São Paulo RT, 2003.

MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E RECORRIBILIDADE PRORROGADA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU: INTERFACE ENTRE O CONTRADITÓRIO INFLUENTE E A PRECLUSÃO ELÁSTICA

Lilian Rose Lemos Rocha¹

João Ferreira Braga²

RESUMO

Objetiva-se, inicialmente, refletir sobre o modelo constitucional de processo, seus aspectos conceituais e influências geradas pelo referido modelo sobre o Código de Processo Civil/2015, em especial no âmbito do contraditório influente no microssistema de recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau. A legislação processual de 2015 determina que o processo civil será disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais proclamados pela Constituição da República. Nesse sentido, devem ser adotadas medidas propiciadoras de um processo comunicativo, dialógico e participativo (e, nessa linha de ideias, democrático). A novel legislação, contudo, trouxe novidades no domínio dos meios de impugnação das interlocutórias, principalmente ao reduzir a incidência da técnica da recorribilidade imediata e em separado das interlocutórias. Analisam-se tais alterações e os novos temperamentos a ser aplicados ao regime de preclusões. Postas tais premissas, verifica-se que a interlocutória não agravável pode influenciar o modo de ser dos atos processuais posteriores a ela até o provimento final, importando um peculiar equilíbrio entre os poderes do magistrado e aqueles de titularidade das partes (no que tange à influência que podem exercer na definição do procedimento). Ao final, busca-se verificar se as disposições do CPC/2015, concernentes à recorribilidade prorrogada das interlocutórias de primeiro grau, harmonizam-se com o modelo constitucional de processo.

¹ Coordenadora Acadêmica do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC/UniCEUB, Coordenadora da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do UniCEUB; Professora Associada do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Relações Internacionais – UniCEUB; Doutora em Ciências e Tecnologias na Saúde – UNB; Mestre em Desenvolvimento Sustentável – UNB; Graduada em Direito – UFBA.

² Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca – USAL; Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra – UC; Especialista em Direito – UFPE; Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC; Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Membro titular do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP; Membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC; Membro do Instituto Português de Direito Civil – IPPC; Assessor do Ministro Og Fernandes – STJ.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo inicial propor reflexões a respeito do Modelo Constitucional de Processo, de seus aspectos conceituais e das influências geradas pelo referido modelo sobre o Código de Processo Civil/2015 – CPC/2015, nomeadamente no campo da efetividade do contraditório influente no microsistema de recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau.

A legislação processual de 2015 é assertiva ao determinar que o processo civil será disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais preconizados pela Constituição da República. Outra não é a conclusão que se pode afirmar a partir da leitura da Exposição de Motivos que precede o CPC/2015, em especial no ponto em que sublinha a inclusão expressa (no texto codificado) de princípios constitucionais e de regras processuais específicas dedicadas à concretização desses princípios e garantias e, sobretudo, à harmonização entre Constituição e Processo.

Exemplos notáveis da consolidação do capital constitucional na legislação em referência podem ser identificados no disposto nos arts. 9º, 10 e 489 do CPC/2015 (além de inúmeros outros dispositivos), segundo os quais aos litigantes se conferem não somente as prerrogativas jurídicas de informação e de manifestação, mas também a de participação influente na construção do provimento jurisdicional.

Com tais inovações, busca o legislador, dessa forma, afastar quadros desoladores formados pela jurisprudência pátria (que tem permitido ao magistrado abster-se do exame de questões não raras vezes essenciais à integral resolução da causa), bem assim o sentimento popular de insuficiência jurídica da resposta proporcionada pelo Poder Judiciário. Em síntese, constituem medidas voltadas a um processo comunicativo, participativo e dialógico (e, nessa extensão, democrático).

Por outro lado, a novel legislação empreendeu importantes novidades no domínio dos meios de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro

grau, principalmente ao reduzir a incidência da técnica da recorribilidade imediata e em separado das interlocutórias, admitindo-a somente nas hipóteses pré-determinadas pela legislação de regência (codificada ou esparsa), remetendo o jurisdicionado (sucumbente na interlocutória não agravável e desejoso de um provimento em reversão) à apelação ou às respectivas contrarrazões.

Aludidas alterações importaram temperamentos ao regime de preclusões adotado pelo Código de Processo Civil de 1973. A partir dessas percepções, é possível inferir que a legislação processual de 2015, no que se prende à impugnabilidade das interlocutórias, passou a admitir a preclusão elástica, de modo que questões decididas pelo magistrado poderão subsistir potencialmente até a fase apelatória (quando, então, poderão ser impugnadas).

Por esse motivo, a doutrina brasileira refere-se a um estado letárgico das questões decididas por interlocutória não agravável (pois poderão gerar efeitos até o julgamento da apelação). Nesse sentido, a referida interlocutória, ao que parece, tende a influenciar os atos processuais posteriores a ela, ainda que provisória (uma vez que poderá ser reformada em grau de apelação), causando um peculiar equilíbrio entre os poderes do magistrado e os de titularidade das partes, na medida em que estas, não podendo reagir *imediatamente* à decisão interlocutória, estarão submetidas aos desdobramentos e efeitos processuais por ela gerados.

Definidas as premissas acima, o objetivo final do trabalho é verificar se as disposições do CPC/2015, concernentes à recorribilidade prorrogada das interlocutórias de primeiro grau, harmonizam-se com o modelo constitucional de processo.

1 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E INFLUÊNCIAS GERADAS PELO REFERIDO MODELO SOBRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Parece não existir dúvida no campo doutrinário acerca da necessidade de pensarmos o modelo atual do processo civil em harmonia com as exigências

próprias do Estado Constitucional. Desse modo, “[...] quando hoje se afirma o caráter cultural do direito, sublinham-se justamente as características de humanidade, sociabilidade e normatividade, frisando-se a gênese axiológica e cultural de nossa ciência”³.

A propósito de uma tentativa conceitual, tem-se, na atualidade, que o Processo Constitucional ou Direito Processual Constitucional “[...] traduz-se no estudo do Processo frente à Constituição, o estudo do Direito Processual unido ao Direito Constitucional, uma junção entre o Direito Processual e o Direito Constitucional. Não se trata propriamente de um novo ramo do Direito, mas de um movimento (ou esforço) metodológico realizado conjuntamente por processualistas e constitucionalistas de vários países e continentes”⁴, deixando “[...] a visão privada e infraconstitucional do Processo [...] para um tratamento público e constitucional”⁵.

A própria Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil pontua o tema, salientando a preocupação do legislador ordinário em estabelecer um modelo processual inteiramente harmônico com os preceitos constitucionais associados à atuação jurisdicional.

Nesse sentido, consta da aludida Exposição de Motivos que “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”⁶.

A importância da Constituição Federal e das garantias por ela instituídas ficou igualmente revelada na própria legislação processual, como se depreende

³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3.ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 26.

⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3.ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 26.

⁵ MADEIRA, Dhenis Cruz. A influência do processo constitucional sobre o novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coord.). *Coleção Novo CPC – Parte geral*. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 314.

⁶ BRASIL. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

da leitura do disposto no art. 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”⁷.

Segundo a doutrina especializada⁸, é possível inferir do aludido quadro normativo a linha principiológica do sistema, segundo a qual a atuação jurisdicional deve se concretizar a partir de um dimensionamento constitucional de resolução de conflitos.

Ante tais ponderações, não se deve levar em consideração, apenas, o dispositivo de lei para conter e resolver os conflitos conduzidos ao Poder Judiciário. É preciso que, à luz do inteiro ordenamento e de seus princípios fundamentais, seja proporcionado aos jurisdicionados o acesso à justiça (concretizado à luz de um modelo constitucional).

Deve, portanto, o Poder Judiciário assumir a condição de intérprete que, em seus pronunciamentos, evidencie a vontade consolidada nas disposições constitucionais e em princípios de igual natureza que expressem os valores permanentes da cultura.

No que tange à importância da questão em análise, Cassio Scarpinella Bueno⁹ assevera que “a Câmara havia subtraído a previsão, colocando, em seu lugar, a previsão de que ‘o processo civil será ordenado e disciplinado conforme as normas deste Código’. Tratava-se de verdadeiro retrocesso que dava a falsa impressão de que as normas deste Código são bastantes para ordenar e disciplinar o processo civil”.

A partir de tais premissas, parece válido afirmar que, para se garantir e efetivar os direitos fundamentais, tornou-se necessário assegurar direitos processuais submetidos às diretrizes basilares do Estado Democrático de

⁷ BRASIL. Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). Brasília/DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 65.

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 41.

Direito, priorizando a interpretação normativa mais próxima da axiologia constitucional.

E tal constatação encontra fundamentos na própria história contemporânea brasileira. A Constituição Federal de 1988 consagrou a formação de um ambiente democrático na ordem jurídica, avocando para si o foco do ordenamento, ascendendo a pessoa humana como matriz hermenêutica.

Boaventura de Sousa Santos¹⁰ refere-se à transição política entre o regime autoritário e o regime democrático como um curto-circuito histórico, na medida em que a constitucionalização de direitos até então desprovidos de respaldo normativo não seria suficiente, por si só, para proporcionar a respectiva efetivação, tornando-se necessária uma exequibilidade real em ambientes democráticos e igualitários.

Nessa ordem de ideias, o litígio passa a assumir a condição inovadora de instrumento de transformações sociais voltadas ao bem-estar, assim como ao direito produzido de forma abundante pelo Estado.

Surge, então, um modelo processual cuja interpretação deve pressupor, efetivamente, a sistemática principiológica estabelecida (de índole constitucional), impedindo que a exegese a ser formada sobre a novel legislação se dê de forma isolada (no plano infraconstitucional), mas compreenda o pleno do sistema em vigor.

Tonou-se, portanto, imperioso repensar o processo a partir de um ponto vista democrático, a fim de que distanciamentos entre realidade e intenções democratizantes do constituinte fossem diminuídas (e progressivamente eliminadas). De acordo com Antoine Garapon¹¹, a partir de tal constatação, “o juiz [e, com ele, o processo] surge como um recurso contra a implosão das

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 14.

¹¹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 26-27.

sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram”.

Nessa esteira de ideias, é de se constatar que o disposto no art. 1º do atual Código de Processo Civil apresenta conteúdo de porte genuinamente constitucional, sendo possível, nos casos em que seu dispositivo for inobservado, obter-se a tutela cabível por meio de recurso extraordinário de competência do Supremo Tribunal Federal.

Entre os vários pontos de constitucionalização do processo, o Código de Processo Civil de 2015 redimensionou a participação efetiva do cidadão como sujeito ativo da relação processual, sendo-lhe definidas posturas responsáveis e poderes específicos de influência na interlocução ativa verificada no processo.

Nesse aspecto, é oportuno mencionar o teor do disposto nos arts. 7º, 9º e 10 da novel legislação, respectivamente citados:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

[...]

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Aludidas normas, se interpretadas à luz dos princípios constitucionais regentes, para além de garantirem às partes a possibilidade de ciência e de manifestação a respeito dos atos processuais, devem assegurar a efetiva participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional. A tal propósito, esta já era a compreensão fixada pelo Supremo Tribunal Federal¹²:

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n. 24.268/MG. Impetrante: Fernanda Fiúza Brito. Impetrado: Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas da União. Rel.: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 5 de fevereiro de 2004. *Diário de Justiça*. Publicado em 17/9/2004. Disponível em

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado “Anspruch auf rechtliches Gehör” (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (cf. Decisão da Corte Constitucional Alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrecht – Staatsrecht II, Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) **direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) **direito de manifestação** (*Recht auf Aussserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Nessa concepção, o princípio do contraditório é “[...] elevado a elemento normativo estrutural da participacão, assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual”¹³, isto é, o provimento jurisdicional passa a sediar a **consolidação das participacões ativas** dos atores processuais.

Em idêntica direção é o posicionamento de Hermes Zaneti Júnior¹⁴, segundo o qual “É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a ‘máxima da cooperação’ [...] O contraditório surge, então, renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate”.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em: 31/7/2017.

¹³ NUNES, Dierle *et al.* *Curso de direito processual civil*: fundamentação e aplicacão. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82.

¹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 191.

Do ponto de vista de Aroldo Plínio Gonçalves¹⁵, o contraditório desejável deveria estar calcado “[...] “na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); [...]”. Observa-se, a partir do posicionamento de Gonçalves, que o contraditório deve permitir a todos os atores do processo uma participação efetiva na condução do processo – em todas as suas fases – e na elaboração da decisão final, pontuada pela cooperação intersubjetiva.

E, finalmente, tornando a citar Dierle Nunes¹⁶, o princípio do contraditório veda ao magistrado o presidencialismo processual em “solitária onipotência”. Afasta-se, nesse trilhar de ideias, a atuação exclusiva das partes ou do próprio magistrado e, com isso, os traços de protagonismos processuais. Verificam-se, pois, claras intenções democratizantes do processo no ponto em que suas normas buscam assemelhar os níveis de participação das partes e do juiz.

Sobre o assunto, a doutrinadora portuguesa Paula Costa e Silva¹⁷ afirma a existência de uma “comunidade de comunicação”, a qual possibilita a existência de debates (preferencialmente prévios à decisão) em torno dos aspectos essenciais do processo.

Pela pertinência, é igualmente oportuna a referência às lições de Eduardo Grasso¹⁸, na medida em que o referido doutrinador alude a uma necessidade de equilíbrio entre as participações das partes e do magistrado, a fim de que não haja prevalências de umas sobre outras. Consoante Grasso: “[...] o juiz, no desenvolvimento do diálogo, **move-se para o nível das partes: a**

¹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 112.

¹⁶ NUNES, Dierle *et al.* *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 83.

¹⁷ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 200., p. 589.

¹⁸ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova. Cedam. v. 21. 1966, p. 609.

tradicional construção triangular é substituída por uma perspectiva de posições paralelas”. (grifos acrescentados)

Desse modo, a plena observância do princípio do contraditório atribui ao processo assento genuinamente constitucional, ao impor que a função jurisdicional seja exercida de forma democrática, assegurando às partes o direito à informação, à oportunidade para manifestar-se em prazo adequado, à manifestação propriamente e à participação na formação do provimento judicial.

2 O CONTRADITÓRIO INFLUENTE

A partir das premissas acima, é de se notar que o princípio do contraditório, no Código de Processo Civil de 2015, consolida um modelo processual de “[...] direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação para as decisões”.¹⁹ Assume, nessa perspectiva, aplicação central na produção do provimento jurisdicional.

Portanto, o contraditório, ao proporcionar a ampla participação dos interessados nos atos processuais que antecedem o provimento final²⁰, constitui “fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado”.²¹

Em síntese, a doutrina salienta o contraditório – desde que amplamente observado – como catalisador da participação das partes²²²³ e, dessa forma, da

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 83.

²⁰ FRANCO, Marcelo Veiga. A Evolução do Contraditório: A superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 22, n. 24, 2012, p. 165/193.

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

²² Nesse sentido: “[...] no Estado Democrático de Direito, os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem

possibilidade de influência na construção do provimento jurisdicional. Formase, pois, uma cadeia de condições democráticas para a legitimação constitucional do julgamento final.

Nesse ponto, são trazidas importantes considerações doutrinárias que ilustram a tese²⁴:

No entanto, como salientado alhures, o contraditório, além da garantia de *informação* e de *participação isonômica* dos interessados, resguarda também às partes a prerrogativa de *influência material* e de *controle* do conteúdo da decisão judicial. Nesses termos, a edição de um provimento há de, necessariamente, estar precedida de uma atividade preparatória que garanta às partes igualdade de oportunidades de participar e de influir no resultado da atividade jurisdicional.

Como garantia fundamental de paritário diálogo entre as partes, o contraditório não atua apenas como simples dizer ou contradizer sob uma “ótica mecânica de contraposição de teses” (aspecto formal ou estático), mas, também, como garantia constitucional de debate em simétricas posições e em igualdade de oportunidades, com efetiva prerrogativa de influência no conteúdo do provimento dialeticamente construído.

Assim sendo, o contraditório, mais do que informação e participação no processo (bilateralidade de audiência), retrata o direito de a parte ter todos os seus argumentos séria e efetivamente considerados pelo julgador, por ocasião da prolação de um provimento elaborado em

participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos atos administrativos, das leis e das decisões judiciais, e este é o cerne da garantia do contraditório” (NUNES, Dierle. In: O princípio do contraditório. Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, Belo Horizonte, v. 1, p. 40, jan./jun. 2004).

²³ Nesse sentido, a opinião de Fredie Didier Jr. (Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 45): “Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”.

²⁴ FRANCO, Marcelo Veiga. A Evolução do Contraditório: A superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 22, n. 24, p. 165-193, 2012.

comparticipação com as partes (motivação decisória como elemento do contraditório).

Para José Lebre de Freitas, o escopo principal do princípio do contraditório “[...] deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo”.²⁵

Por outro lado, o princípio do contraditório em sua plena extensão parece demandar a aplicação de hermenêutica que se ocupe, também, com a celeridade e a efetividade processual, “principalmente porque será necessário que a nova legislação se estabeleça com força suficiente a desconstruir percepção equivocada e lamentavelmente consolidada entre os que operam com o direito, segundo a qual a garantia do contraditório só se efetivará com a exaustão de numerosas oportunidades e de manifestações do interessado no processo, ainda que outros valores jurídicos indispensáveis à eficiência da atividade desempenhada pelo Poder Judiciário sejam, por tais excessos, preteridos”.²⁶

A respeito da relevância constitucional que a matéria assume, enriquecedora é a menção a julgamento de relatoria do Ministro Luiz Fux quando ainda integrava o Superior Tribunal de Justiça²⁷, nestes termos:

O princípio do contraditório é reflexo da legalidade democrática do processo [...] A técnica de reconstituição dos fatos através da fala de ambas as partes decorre da necessidade de o juiz prover, o quanto possível, aproximado da realidade. **Trata-se de instituto inspirado no dever de colaboração entre as partes para com o juízo e na isonomia processual [...]**. (Grifo nosso).

²⁵ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código* revisto. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 96-97.

²⁶ BRAGA, João Ferreira. A dupla conforme, a elaboração de um novo Código de Processo Civil e a competência precípua do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 314, 2010, p.41/42.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 1.080.808/MG. Recorrente: Coagril Comercial Industrial Agrícola Ltda. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Rel.: Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça. Publicado em 3/6/2009. Disponível em: <<http://intranet/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1080808&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

Em idêntica direção:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. RESTABELECIMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. NÃO-OBSERVÂNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

[...]

5. O contraditório e a ampla defesa são valores intrinsecamente relacionados com o Estado Democrático de Direito e têm por finalidade oferecer a todos os indivíduos a segurança de que não serão prejudicados, nem surpreendidos com medidas interferentes na liberdade e no patrimônio, sem que haja a devida submissão a um prévio procedimento legal. Os aludidos preceitos, desse modo, assumem duas perspectivas: formal - relacionada à ciência e à participação no processo - e material - concernente ao exercício do poder de influência sobre a decisão a ser proferida no caso concreto.

[...]

7. Segurança concedida em parte.²⁸

[...]

5. Cumpre ao magistrado, em observância ao devido processo legal, assegurar às partes paridade no exercício do contraditório, é dizer, no conhecimento das questões e provas levadas aos autos e na participação visando influir na decisão judicial.

[...]

9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para, afastando a prescrição, determinar o regular curso do processo.²⁹

É possível, então, concluir que o novo Código de Processo Civil, desde que aplicado em sua grandeza constitucional, possibilitará que a cognição

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Mandado de Segurança n. 15.036/DF*. Impetrante: Brazilian Express Transportes Aéreos Ltda. Impetrado: Ministro de Estado das Comunicações. Rel.: Ministro Castro Meira. Diário de Justiça. Publicado em 22/11/2010. Disponível em: <http://intranet/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=fux+e+contradit%F3rio+e+participa%E7%E3o&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 ago. 2017.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Recurso Especial n. 1.098.669/GO*. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Jorge Dal Ross e outros. Rel.: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Diário de Justiça. Publicado em 12/11/2010. Disponível em: http://intranet/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=fux+e+contradit%F3rio+e+participa%E7%E3o&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>. Acesso em: 1º/8/2017.

judicial se alicerce em bases mais sólidas e coerentes, na medida em que, ao desenvolver a dogmática sobre o tema do contraditório, impôs ao magistrado a prolação de decisões afinadas com as questões propostas e efetivamente debatidas pelas partes, estabelecendo uma aliança temática entre provimento final e atos que o precederam, afastando a conhecida sentença de terceira via, a qual deslegitima a atuação do Poder Judiciário, por violar a compreensão democrática do processo. No aspecto, aliás, salienta a doutrina que:

[...] correta a lição que afirma ser o direito de participação e influência no processo um limite ao poder do juiz e, como seu fenômeno correlato, a existência de um dever de debate por parte deste juiz, mesmo nos casos em que seja possível e recomendável a sua atuação de ofício.³⁰

Tal quadro permite asseverar, ainda, que o princípio do contraditório influente, por sua vez, institui margens bem definidas para a efetivação do princípio da colaboração, levando em consideração que a influência gerada pelos argumentos tecidos pelas partes (deduzidos judicialmente em razão do contraditório influente) passa a integrar necessariamente o provimento jurisdicional (residindo aí a colaboração das partes na resolução do conflito).

Desse modo, a circunstância de o magistrado recusar a influência do acervo argumentativo construído a partir da dialeticidade processual (bloqueando os efeitos de tal acervo sobre a atuação cognitiva do órgão jurisdicional), para além de violar o comando constitucional do contraditório, estará, também, a ofender o princípio da colaboração processual, por negar às partes a prerrogativa de participarem ativamente da formação do provimento final, isto é, da decisão jurisdicional participada.³¹

³⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 196.

³¹ A respeito do tema, oportuna é a referência a Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (*Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 120): “Jean-Marie Bernard Magnaud foi o juiz que, na França, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Châteu-Thierry no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres, mas assim sobressaindo porque subvertiam a ordem jurídica. Almejava ser o bom juiz, clemente com os miseráveis e severo com os poderosos. Apesar de bem redigidas, suas sentenças, muitas vezes, eram distanciadas das fontes do direito, sem qualquer preocupação com regras e princípios jurídicos, com a doutrina ou com a jurisprudência. Algumas decisões por ele lavradas revelavam incerteza e insegurança jurídicas, formulando regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos e opiniões pessoais, que variavam em cada situação apreciada, ainda que

2.1 O contraditório influente no microssistema de recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau

O novo Código de Processo Civil, ao disciplinar a recorribilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau, estabeleceu a duplicidade de vias recursais. Serão agraváveis as interlocutórias previstas no art. 1.015³² do aludido Diploma Legal e passíveis de impugnação por meio de apelação ou contrarrazões as demais, observado, ainda, o comando previsto no inc. XIII e no parágrafo único do citado dispositivo.

Tendo em vista as principais alterações do novel Código de Processo, o agravo por formação de instrumento passa a constituir o recurso cabível contra específicas decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau de jurisdição, afastando do direito processual civil a ampla aplicação da técnica da recorribilidade autônoma (ou em separado) dos referidos pronunciamentos. São estabelecidos, pois, dois regimes recursais mediante a exclusão do agravo retido do rol de recursos previstos pelo Código de Processo Civil de 1973.³³

semelhantes os casos julgados. Essas decisões assim proferidas simbolizavam anarquia jurídica, porque levavam em conta a classe, a mentalidade religiosa ou a ideologia política das pessoas que postulavam a jurisdição. Ao ditar suas sentenças, comportava-se Magnaud como se fosse a própria encarnação do direito [...]”.

³² Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

³³ Acerca do tema, Heitor Vitor Mendonça Sica afirma (*Recorribilidade das interlocutórias e sistema de preclusões no Novo CPC* – primeiras impressões. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/04/07/recorribilidade-das-interlocutorias-e-sistema-de-preclusoes-no-novo-cpc-primeiras-impressoes/>>. Acesso em: 3 ago. 2017): As escolhas feitas nesse terreno interferem diretamente nos valores mais caros ao sistema processual O regime de recorribilidade das decisões interlocutórias constitui foco permanente de tensão, sobretudo

O objetivo do legislador parece ter sido o de concentrar no disposto no art. 1.015 do CPC/2015 as principais hipóteses em que a interlocutória possa gerar grave prejuízo para a parte (abrangendo os casos de tutelas provisórias, julgamento antecipado parcial de mérito, de admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros e de distribuição dinâmica do ônus probatório).

Em síntese, no ponto em estudo, as principais alterações trazidas pelo Diploma Processual de 2015 centram-se em profundas mudanças na prerrogativa da recorribilidade imediata; na afirmação de dois modelos de interlocutórias (se considerarmos os impactos distintos que elas podem gerar no processo – maior influência/menor influência sobre os atos processuais posteriores a elas); na previsão de que nenhum ato da parte é necessário para impedir a preclusão, conforme se depreende da leitura do art. 1.009 do CPC/2015; e nas contrarrazões (à apelação) com viés recursal.

A propósito, a Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil já anunciava a amplitude das alterações nestes termos: “Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas

porque nele se chocam os valores mais importantes na órbita do processo civil, embora conflitantes entre si: (a) a busca pela melhor justiça ao caso concreto; (b) a necessidade de segurança jurídica como postulado inerente ao Estado de Direito; e (c) a premente exigência de celeridade processual. A ampla recorribilidade em separado das interlocutórias atende ao primeiro valor acima elencado, pois fornece às partes meios para provocar o reconhecimento de injustiças eventualmente cometidas no curso do procedimento, permitindo imediata correção de rumo quando for o caso. Porém, conforme adiante demonstrado, a ampla possibilidade de recurso contra questões incidentais está historicamente ligada a um forte regime preclusivo. De fato, caso quede irrecorrida determinada decisão interlocutória, ou caso o recurso contra ela interposto seja rejeitado, a decisão torna-se, no mais das vezes, imutável, e imune de ataques das partes e de revogação pelo magistrado que a prolatou, de tal modo a valorizar a segurança jurídica. Por fim, ao restringir a recorribilidade das interlocutórias, o sistema aposta na celeridade processual, em que pese assumir o risco de manter “incubadas” invalidades processuais que eventualmente levarão muito tempo para ser reconhecidas e, se o forem, se gerará enorme atraso processual (face ao desperdício de atividade processual e eventual necessidade de repetição de atos).

quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. **Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação**".³⁴ (Grifo nosso)

Atualmente, debate-se se a previsão do art. 1.015 do CPC/2015 constitui, ou não, um rol taxativo de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.³⁵

Se, por um lado, a jurisprudência dos tribunais de segundo grau ainda oscila quanto à possibilidade, ou não, de se adotar critérios hermenêuticos mais abrangentes para se definir a extensão do disposto no art. 1.015 do CPC/2015, outros posicionamentos são colocados no sentido de se admitir o uso do mandado de segurança para os casos em que a hipótese dos autos não esteja alcançada pela referida previsão normativa.

Nesse diapasão, algumas opiniões se firmam no sentido de se aplicar interpretação ampliativa ao rol estabelecido pelo art. 1.015 do CPC/2015: "[...] quando existe mecanismo suficiente previsto no próprio sistema (agravo de instrumento), é melhor ampliar as suas hipóteses de incidência do que tolerar o uso deturpado do mandado de segurança, inclusive porque emperrará ainda mais os trabalhos do Judiciário, já que se trata de novo processo. Com esta ordem de ideias, entendemos que deve ser dada interpretação conforme ao art. 1.015 do CPC/2015, para que seja cabível agravo de instrumento quando impugnar qualquer decisão interlocutória cujo reexame seja urgente e/ou relevante, independentemente de estar no rol do art. 1.015, do CPC/2015".³⁶

³⁴ BRASIL. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Senado Federal, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 29 de julho de 2017.

³⁵ Nesse sentido, oportuno referir este julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, segundo o qual, não obstante o rol do art. 1.015 do CPC/2015 seja taxativo, é plenamente possível aplicar-se àquela disposição interpretação extensiva quando aludida previsão não se ajustar adequadamente às peculiaridades da demanda, devendo o intérprete avaliar a possibilidade, ou não, de admissão do agravo de instrumento (cf.: Agravo de Instrumento n. 1.0024.12.067844-6/002, Rel.: Des. Juliana Campos Horta, data do julgamento: 11/8/2016). Em sentido contrário: "I - O art. 1.015, do Código de Processo Civil, estabelece taxativamente, quais as hipóteses em que cabe o agravo de instrumento, sendo este recurso restrito aos casos nele estabelecidos. II - Não há espaço interpretativo para o cabimento de agravo de instrumento contra decisões que não se inserem naquele rol". Agravo de Instrumento n. 2016.0.020.206.999, Rel. Des.: Gilberto Pereira de Oliveira, data do julgamento: 17/8/2016)

³⁶ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 227/228.

Contudo, em sentido oposto, Teresa Arruda Alvim Wambier salienta que: “A opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, à luz do CPC de 1973, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa”.³⁷

Para Fernando da Fonseca Gajardoni, porém, “[...] o art. 1.015 do Novo CPC estabelece um rol taxativo de hipóteses em que é cabível o manejo do recurso de agravo de instrumento. A sinalização legislativa é clara: não se quer, à exceção das hipóteses expressamente previstas, recurso ou sucedâneo contra as decisões interlocutórias, devendo a parte veicular seu inconformismo na apelação. Até se admite alguma interpretação extensiva de alguns incisos e dispositivos que admitem o manejo do agravo. Mas não se pode, diversamente do modelo do CPC/73, criar uma hipótese de recorribilidade de decisão interlocutória não prevista expressamente no Novo CPC”.³⁸

Necessário ponderar que as mudanças implementadas no âmbito do agravo de instrumento implicaram, por consequência, alterações importantes no disciplinamento das preclusões. No ponto, o art. 1.009, § 1º, do novo Código de Processo Civil proclama que “[...] as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em

³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Do agravo de instrumento. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Temas Essenciais do Novo CPC, Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro, de acordo com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 549/550.

³⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O Novo CPC não é o que queremos que ele seja*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja-20072015>>. Acesso em: 3/8/2017.

preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.³⁹

A nova legislação estabelece, ainda, a possibilidade de a recorribilidade por agravo dar-se de forma assimétrica, sendo as hipóteses previstas nos incisos III, V e VIII do art. 1.015 exemplos de que o acesso à via recursal rápida estará restrito a uma das partes. As citadas hipóteses não devem ser consideradas violação ao princípio da igualdade processual, mas formas adequadas de se observar preceitos constitucionais na condução do processo.

Contudo, no que tange às decisões interlocutórias não agraváveis (e desde que adotemos o entendimento segundo o qual o disposto no art. 1.015 não admite interpretação ampliativa), o novo Código de Processo Civil permitiu que mencionadas decisões passassem a produzir efeitos jurídicos práticos sobre todo o procedimento posterior a elas, considerando que a recorribilidade aplicada para tais casos (interlocutórias não agraváveis) ficou postergada para a fase da apelação (na forma do disposto no art. 1.009, § 1º, do citado Diploma Processual), o que as torna imunes à possibilidade de revisão imediata pela instância do tribunal (preclusão elástica) ou, pelo menos, à suspensão de seus efeitos.

Do ponto de vista doutrinário, aludida circunstância corrobora a tese de que a decisão interlocutória não alcançada pelo rol fixado pelo art. 1.015 do CPC/2015, desde o momento em que proferida e até o julgamento do recurso de apelação (incluindo as contrarrazões) eventualmente interposto, influenciará a atividade processual remanescente, caracterizando, dessa forma, uma prevalência dos poderes do magistrado em relação àqueles conferidos às partes (isto é, os de influenciar na rota que o procedimento deverá seguir após a interlocutória não agravável).

Toma-se a exemplo a decisão interlocutória sobre incompetência absoluta. Caso o juiz, por interlocutória, rejeite a preliminar de incompetência

³⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)*. Brasília/DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 de julho de 2017.

absoluta arguida pelo réu, tal decisão confirmará a autoridade daquele magistrado para presidir o processo até decisão final, na medida em que referido pronunciamento não poderá ser enfrentado imediatamente por agravo de instrumento (do que é possível inferir o poder jurídico que promana da referida interlocutória). Isto é, como ela só poderá ser contrariada após a sentença, os efeitos da decisão em tela vão se expandir sobre toda a atividade processual.

Há de ser considerando, ainda, o fato de tal decisão – de efeitos prolongados – ser passiva de reforma somente ao final do processo, não apresentando, apesar do seu poder de influência, um viés definitivo. Sob a óptica processual, pode-se concluir que as interlocutórias, a depender do recurso admissível na hipótese, podem gerar diferentes graus de influência no processo.

Por essa razão, parece indispensável aos juízes que, ao proferirem interlocutórias não agraváveis, assim procedam somente após amplos debates, para que a decisão se estruture em sólida avaliação do caso, a fim de diminuir as possibilidades de reforma ou de nulidade pela instância recursal, o que implicaria a perda de dispêndio jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos realizados permitiram verificar que o novo Código de Processo Civil consolida um modelo constitucional de processo, buscando dar efetividade aos princípios constitucionais que informam a atividade jurisdicional e que a ela atribuem uma ressignificação democrática.

Nessa linha de ideias, foi possível verificar que o contraditório influente se torna um dos pontos mais sensíveis na legitimação constitucional do provimento jurisdicional, consolidando a ideia de equilíbrio relacional entre magistrado e partes, incluindo os poderes dos quais os atores processuais são investidos.

Por outro lado, foram estudadas as alterações concernentes à recorribilidade das interlocutórias de primeiro grau (proferidas no processo de conhecimento), destacando-se, entre elas, a duplicidade de regimes recursais: algumas decisões interlocutórias permanecem impugnáveis pela via do agravo de instrumento; outras passaram a ser apeláveis.

A referida duplicidade de regimes trouxe, como consequência, a constatação de que algumas decisões interlocutórias (as impugnáveis após a sentença) passam a ter um poder jurídico mais abrangente do que as demais na medida em que ficarão imunes à recorribilidade ou à suspensão imediata, vigendo ao longo de toda a atividade processual que se seguir a elas (e, dessa forma, influenciando o modo de ser dessa atividade).

Por fim, destacou-se que, a partir da constatação de que os impactos jurídicos gerados pelas interlocutórias de primeiro grau são diferentes, caberá ao magistrado, ao proferir interlocutórias não agraváveis (mas impugnáveis pela via da apelação ou das contrarrazões à apelação), zele para que o contraditório que as antecedeu reduza ao mínimo a possibilidade de reforma do provimento interlocutório, posto poderá implicar a nulidade dos atos processuais a partir da interlocutória reformada em grau de apelação.

Em síntese, a intenção maior deste trabalho foi a de provocar reflexões sobre a necessidade de observância dos preceitos constitucionais na condução dos atos que permeiam o microssistema de impugnação das interlocutórias de primeiro grau.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)*. Brasília/DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 jul. 2017.

BRASIL. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Senado Federal, 2010. Disponível em:
<<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28 de julho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Recurso Especial n. 1.080.808/MG*. Recorrente: Coagril Comercial Industrial Agrícola Ltda. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Rel.: Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça. Publicado em 3/6/2009. Disponível em:
<<http://intranet/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1080808&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 1º/8/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Mandado de Segurança n. 15.036/DF*. Impetrante: Brazilian Express Transportes Aéreos Ltda. Impetrado: Ministro de Estado das Comunicações. Rel.: Ministro Castro Meira. Diário de Justiça. Publicado em 22/11/2010. Disponível em:
<<http://intranet/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=fux+e+contradit%F3rio+e+participa%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 1º/8/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no Recurso Especial n. 1.098.669/GO*. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Jorge Dal Ross e outros. Rel.: Ministro Arnaldo Esteves Lima. *Diário de Justiça*. Publicado em 12/11/2010. Disponível em:
http://intranet/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=fux+e+contradit%F3rio+e+participa%E7%E3o&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11. Acesso em: 1º/8/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança n. 24.268/MG*. Impetrante: Fernanda Fiúza Brito. Impetrado: Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas da União. Rel.: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 5 de fevereiro de 2004. *Diário de Justiça*. Publicado em 17/9/2004. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAGA, João Ferreira. A dupla conforme, a elaboração de um novo Código de Processo Civil e a competência precípua do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 314, 2010, p.41-42.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2008.

FRANCO, Marcelo Veiga. A Evolução do Contraditório: A superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 22, n. 24, 2012, p. 165-193.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo e o novo código de processo civil*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O Novo CPC não é o que queremos que ele seja*. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja-20072015>>. Acesso em: 3 ago 2017.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova. Cedam. v. 21. 1966, p. 609.

MADEIRA, Dhenis Cruz. A influência do processo constitucional sobre o novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie et al. (Coord.). *Coleção Novo CPC: parte geral*. Salvador: Jus Podivm. 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3.ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v. 1, 2004, p. 40.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Do agravo de instrumento. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Temas Essenciais do Novo CPC, Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro, de acordo com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007

RECURSOS NAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS E SUA RELAÇÃO COM AS PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA INTERAÇÃO DO PROCESSO CIVIL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: O PROCESSO CONSTITUCIONAL

Geraldo Santana Xavier Nunes Neto¹

Luciana Ramos Castilho Lavoyer²

Marcela Carvalho Bocayuva³

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo fazer uma análise e uma correlação das ações constitucionais com as principais modificações trazidas pela Lei nº 13.105/2015. Demonstrando, dessa forma a mudança do Processo Civil Clássico, individualista e formal para um Processo Civil Contemporâneo Constitucional. Assim, o processo passa o seu foco ao jurisdicionado e passa a ser visto pelas lentes dos princípios constitucionais. Com esse contexto faremos a ponte entre recursos nas ações constitucionais, o novo processo civil constitucional e suas consequências como o abstrativismo no controle concreto e os reflexos no controle difuso de constitucionalidade.

Palavra-chave: Recursos nas Ações Constitucionais. Novo Código de Processo Civil. Controle Difuso de Constitucionalidade

INTRODUÇÃO

O Controle de Constitucionalidade é a garantia da supremacia da Constituição e é confiado aos órgãos constituídos especialmente para tal fim, como no caso das Cortes Constitucionais europeias – Áustria, Alemanha, Itália-, que realizam um controle eminentemente concentrado ou a todos os juízes, como é o caso da Suprema Corte Americana. No Brasil a atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido cada vez mais Consequencialista, de maneira a

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas do Uniceub. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Goiás, e-mail: gegeneto@hotmail.com.

² Mestranda em Direito e Políticas Públicas do Uniceub. Técnica Judiciária do Superior Tribunal de Justiça, e-mail: lavoyerl@yahoo.com

³ Mestranda em Direito e Políticas Públicas do Uniceub. Advogada, e-mail: marcelabocayuva.adv@gmail.com

garantir a tutela dos direitos fundamentais e do Estado democrático de direito como um todo. Nesse contexto, as recentes alterações legislativas as quais passam a jurisdição brasileira, propiciam de maneira premente, a evolução processual com o olhar de harmonia e respeito aos direitos fundamentais no exercício da jurisdição constitucional. Com o intuito de analisar o processo constitucional objetivo os recursos e a reclamação ganham destaque, uma vez que servem de mecanismos limitadores de recalcitrância e garantia da autoridade dos julgados que preservam a competência da Corte. Ao delimitar o percurso do novo Processo Civil frente aos valores constitucionais ventilou-se a importância da vinculação vertical dos direitos fundamentais. Em sendo assim, revela-se uma evolução histórica no direito processual brasileiro somada a importância da consagração dos direitos constitucionais fundamentais.

1 O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E SEUS RECURSOS

A importância do tema se verifica na relevância do papel das decisões no âmbito do controle concentrado no direito processual constitucional como instrumento de garantia de segurança jurídica e autoridade das decisões da suprema Corte. Inclusive, para a preservação da supremacia da Constituição.

Inicialmente, a Lei 9.868/99 assume clara posição em relação à não rescindibilidade e irrecurribilidade da ação direta de constitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade (artigo 26). Dessa forma, as autoridades aplicadoras da lei não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada.

No tocante à recorribilidade da decisão proferida no controle de constitucionalidade concentrado, cumpre dizer que a decisão é irrecurável, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, é cabível o ajuizamento de embargos de declaração para fins de modulação dos efeitos de decisão

proferida em ação direta de inconstitucionalidade, ficando seu acolhimento condicionado à existência de pedido formulado na petição inicial. 4

Mutatis mutantis, o Supremo Tribunal Federal tem acolhido os embargos de declaração para modular efeitos de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade sem que houvesse pedido de modulação na petição inicial, em razão da segurança jurídica.⁵

⁴ BRASIL.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Informativo número 543**. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abr. de 2016. Informativo 543 STF: “ É cabível a oposição de embargos de declaração para fins de modulação dos efeitos de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, **ficando seu acolhimento condicionado, entretanto, à existência de pedido formulado nesse sentido na petição inicial**. Com base nesse entendimento, o Tribunal conheceu de embargos de declaração opostos de decisão proferida em ação direta em que se discutia o cabimento desse recurso para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, por maioria, os rejeitou. Na espécie, o Tribunal declarara a inconstitucionalidade da expressão “bem como os não-remunerados”, contida na parte final do § 1º do art. 34 da Lei 12.398/98, introduzida, por emenda parlamentar, pela Lei 12.607/99, ambas do Estado do Paraná, que incluiu os serventuários de justiça não-remunerados pelo erário no regime próprio de previdência dos servidores públicos estaduais de cargo efetivo. O embargante alegava omissão quanto à explicitação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade, e, salientando o prazo de vigência da referida norma, pugnava pelos efeitos ex nunc da decisão — v. Informativos 436 e 499. Não se vislumbrou omissão a ser sanada na decisão embargada, visto que não se indicara, de forma expressa, na inicial da ação, a existência de pedido para a modulação de efeitos. Ressaltou-se, ademais, a jurisprudência do Tribunal, no sentido de que, se ele não modula os efeitos, isso significa que prevalece a consequência que resulta da declaração de inconstitucionalidade, qual seja, a de aplicação retroativa da decisão com eficácia ex tunc. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, relator, Ellen Gracie, Eros Grau e Cezar Peluso, que davam provimento ao recurso para esclarecer que a declaração de inconstitucionalidade não afetaria os casos de benefícios previdenciários, aposentadorias e pensões já assegurados, assim como nas hipóteses em que o serventário já tivesse preenchido todos os requisitos legais para a obtenção desses benefícios até a data da publicação da decisão de declaração de inconstitucionalidade, ocorrida em 23.8.2006. O Min. Gilmar Mendes, Presidente, observou, por fim, que apostar apenas no pedido já prévio de modulação de efeitos seria problemático, haja vista que o requerente teria por pretensão a declaração de inconstitucionalidade da lei, sendo provável que a questão relativa à modulação dos efeitos eventualmente só fosse suscitada se houvesse participação do amicus curiae, isto é, interessados que são atingidos pela decisão. Reajustou o voto proferido anteriormente o Min. Carlos Britto. ADI 2791 ED/PR, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito, 22.4.2009. (ADI-2791)”

⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo número 666**. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abr. de 2016. ADI3601 ED/DF/ informativo 666 STF **Embargos de Declaração e Modulação de Efeitos**: “Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, acolheu embargos de declaração para modular os efeitos de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Esclareceu-se que o acórdão embargado tem eficácia a partir da data de sua publicação (21.8.2009). Na espécie, o Supremo declarara a inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/2005, que dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal — v. Informativos 542 e 591. Reconheceu-se, de início, a jurisprudência da Corte, no sentido de inadmitir embargos de declaração para fins de modulação de efeitos, sem que tenha havido pedido nesse sentido antes do julgamento da ação. Entendeu-se que, no caso, entretanto, a declaração não deveria ser retroativa, por estarem configurados os requisitos

Esse entendimento consolidou-se em razão da necessidade de o juiz constitucional ser consequencialista, ou seja, de uma certa maneira deve agir conforme um agente político, louvando-se, para tanto as necessidades da população aliados à segurança jurídica, no cumprimento dos princípios constitucionais.

Os embargos de declaração somente poderão ser oferecidos pelo requerente ou requerido, sendo vedado o manejo desse recurso por terceiros ou pelo Advogado-Geral da União. O referido recurso tem previsão no artigo 994 do Código de Processo Civil de 2015, que tem por finalidade aclarar ou integrar qualquer tipo de decisão judicial que padeça de vícios de omissão, obscuridade ou contradição. Servem ainda para corrigir eventuais erros materiais.

Não se trata de recurso que tenha por fim reformar ou anular sentença, decisão, mas aclará-la e sanar suas contradições, omissões ou erros materiais. Quanto aos efeitos dos embargos de declaração, possuem efeito devolutivo, vez que devolvem ao conhecimento do juízo o conhecimento daquilo que é objeto do recurso.

A decisão de uma ADI produz efeitos a partir de sua publicação, salvo situações excepcionais. Portanto, a oposição de embargos de declaração apenas impede o trânsito em julgado de decisão recorrida em controle concentrado, mas não impede seu cumprimento.⁶

exigidos pela Lei 9.868/99 para a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em conta a necessidade de preservação de situações jurídicas formadas com base na lei distrital. Mencionou-se, no ponto, que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex tunc acarretaria, dentre outros, a nulidade de todos os atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional, possibilitando que policiais civis que cometeram infrações gravíssimas, puníveis inclusive com a demissão, fossem reintegrados. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que não acolhiam os declaratórios, por não vislumbrar os pressupostos de embargabilidade, e rejeitavam a modulação dos efeitos. ADI 3601 ED/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 9.9.2010. (ADI-3601).”

⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo número 666. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abr. de 2016. ADI3601 Informativo 696 stf Lei 11.738/2008: ED e modulação temporal – 2 No tocante ao agravo, conquanto prejudicado com o exame de inúmeros embargos de declaração, reputou-se conveniente recordar que a menção no despacho teria caráter meramente declaratório e expletivo. Esclareceu-se que o trecho adversado lembraria que a oposição de embargos declaratórios apenas impediria o trânsito em julgado de

Nas ações constitucionais é possível que o relator do caso possa conceder efeito suspensivo aos embargos de declaração se demonstrado o risco de dano grave ou difícil reparação quando houver, por exemplo, concessão dos efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. Essa probabilidade, em caráter de exceção está elencada no artigo 1.026 parágrafo 1º do Código de Processo Civil.

Esse novo entendimento adotado pelo Código de Processo Civil veio para assegurar um processo efetivo, vez que o Código de 1973 era omissivo em relação ao efeito suspensivo dos embargos de declaração e foi objeto de grandes discussões sobre o tema em questão.

O recebimento dos embargos de declaração com efeitos suspensivos, como regra, à luz do Código de Processo Civil de 1973 acabava contrariando os princípios da celeridade e efetividade processual, vez que essa espécie recursal é cabível contra qualquer decisão judicial, e consequentemente nenhuma decisão poderia produzir seus efeitos até o julgamento final ou depois de transcorridos seu prazo.

Quão importante também é a modulação no controle concentrado de constitucionalidade, que na maioria das vezes conta com mudanças no cenário jurídico, político, econômico ou social de um país. O Supremo Tribunal Federal,

decisão recorrida em controle concentrado de constitucionalidade, mas não o seu cumprimento. Na análise dos diversos embargos de declaração, enfatizou-se que, no sistema brasileiro, preponderaria a afirmação da constitucionalidade de lei. Obtemperou-se relevante a possibilidade de medida cautelar não ser confirmada, o que deveria ter conduzido o gestor público a se preparar com o objetivo de fazer face aos gastos determinados pela lei do piso, segundo os princípios orçamentários públicos da oportunidade e da prudência. Assinalou-se que, embora resolvido o mérito da ação, os embargantes negar-se-iam a cumprir a norma declarada constitucional ao argumento de que os recursos — que não possuiriam efeito suspensivo — aguardariam apreciação. Entreviu-se o propósito de os requerimentos de modulação temporal dos efeitos deslocarem típica discussão institucional de âmbito administrativo e legislativo para a esfera judicial. Sinalizou-se que a discussão sobre necessário reforço financeiro proveniente dos recursos da União ou dilação de prazo para início da exigibilidade dos aumentos deveria ser encetada e concluída entre os Chefes do Poder Executivo e dos Legislativos locais e federal. Ressaltou-se a existência de regramento a estabelecer o rito para a avaliação dos pedidos de reforço orçamentário pelos estados-membros. Mensurou-se que, se o STF estabelecesse prazo de adaptação dos entes federados à lei, dismantelar-se-ia negociação política cuja legitimidade não fora posta em dúvida. ADI 4167 AgR/DF e Primeiros a Quintos ED/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27.2.2013. (ADI-4167)

atua não só com questões de direito, mas com questões de fato, que não são meramente técnicas, jurídicas, as chamadas prognoses.

As prognoses são questões fáticas, que, até então eram funções do legislador e que hoje são questões presentes e futuras, que traz para a Suprema Corte a lógica da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, permitindo ao aplicador do direito pluralizar o debate constitucional.

Além da não rescindibilidade e irrecorribilidade no âmbito das ações constitucionais, a decisão no controle concentrado de constitucionalidade tem um efeito condenatório que fundamenta o decreto de intervenção e para confirmar a segurança jurídica a reclamação tem ganho grande feição na Corte Constitucional.

Como explica Marcelo Dantas, dá-se o nome de reclamação constitucional “não só pelo fato de ter assento na Lei Magna e da possibilidade de ser utilizado como instrumento da chamada Jurisdição Constitucional, como também para distingui-lo de muitas outras medidas, existentes no direito nacional designadas como reclamação.”

A reclamação expressa previsão constitucional no artigo 102, I⁷, da Constituição Federal: Igualmente há previsão da reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça no artigo 105, I, f, da Constituição Federal.⁸

O estudo da reclamação é feito a partir de divisão de fases distintas, marcadas por relevantes momentos de desenvolvimento do instituto. Seguindo a classificação proposta por José da Silva Pacheco, podem-se distinguir quatro momentos no histórico da reclamação.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum. Org. Nylson Palm de Abreu Filho. 11. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum. Org. Nylson Palm de Abreu Filho. 11. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

A reclamação tem a natureza jurídica situada no direito de petição, previsto no artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal de 1988. Possui sua origem no *implied powers*⁹, conforme os poderes implícitos no Direito Americano.

Como leciona José da Silva Pacheco, fixou-se a tese esposada por Mac Culloc contra Maryland¹⁰, e hoje já sedimentada na teoria constitucional de que se determinada constituição confere a um órgão um encargo, implicitamente lhe confere meios para realizá-lo.

O STF desde a época de 1950 buscou erigir mecanismos que lhe conferisse eficácia na sua finalidade. Dessa maneira, surgiu a reclamação como lenta construção jurisprudencial, que ficou evidente na RCL 141/SP.

Consolidou-se, assim, a ideia da reclamação como instituto legítimo e necessário para reivindicar o fiel cumprimento das decisões pretorianas e impedir a invasão de sua competência.

Embora, nos anos de 1950 a reclamação fosse aceita por alguns era rejeitada por outros, pelo fato de não estar prevista no Regimento Interno. No ano de 1957, a reclamação ganha fundamento e foi incluída no regimento interno, já que na Constituição Federal de 1949 havia competência ao Supremo Tribunal Federal no artigo 97, inciso II, para elaborar regimentos internos. Tal período foi considerado a segunda fase da reclamação.

⁹ “Desde que um fim é reconhecido necessário, os meios são permitidos; todas as vezes que é atribuída uma competência geral para fazer alguma coisa, nela estão compreendidos todos os particulares poderes necessários para realizá-la (James Madison).” José da Silva, PACHECO. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 602-605.

¹⁰ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 146. Caso de McCULLOCH v. MARYLAND, ocorreu ainda no ano de 1819, julgado pelo eminente jurista e então Presidente da Suprema Corte Americana, John Marshall, em que foram delimitados os poderes dos estados federados em face do poder do governo federal, bem como estabelecidos os contornos dos poderes atribuídos ao Congresso Nacional. No mencionado julgado, Marshall sustentou que a Constituição americana, ao estabelecer alguns poderes explícitos e objetivos a serem alcançados, também conferia poderes implícitos à sua consecução. Ou, como sempre referido pela doutrina e jurisprudência, ao prever os fins, a Carta Maior também concedia os meios necessários à execução desses fins, ainda que implicitamente.

Já no ano de 1967 a Constituição Federal dava autorização ao STF para estabelecer o processo e julgamento de sua competência originária, recursal e da arguição de relevância questão federal, autorização transferida com a Emenda Constitucional número 7 de treze de abril de mil novecentos e setenta e sete. Casuisticamente o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal passou a ter caráter de lei, admitindo-se, todavia, a reclamação como instrumento constitucional, sendo a gênese da terceira fase evolutiva da reclamação.

Ao fim e ao cabo a última fase da reclamação é a que surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988 que passou a prever a elevação do instituto a um patamar constitucional, além de estar no Regimento Interno da Corte no Título V Capítulo I, artigos 156 a 162. Além disso, destaca-se a atual mudança prevista no Novo Código de Processo Civil conforme artigo 988, que a propósito enfatiza a necessidade dos juízes seguirem a orientação consignada em tese já firmada e por fim justifica a impossibilidade de se proceder a um elastério hermenêutico da competência desta Corte, por estarem definidas em um rol *numerus clausus*.

A Lei 9882/99 em seu artigo 13¹¹ positivou a reclamação em caso de desrespeito à decisão proferida pelo STF. Posteriormente, a Emenda Constitucional 45/04 acrescentou o artigo 103-A e parágrafos, implementando a súmula vinculante e por via de consequência a nova modalidade de reclamação.

Já a Súmula 734 do STF limita a reclamação, estabelecendo que “não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

Originalmente as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional são duas: preservação de competência do Supremo Tribunal Federal e a garantia da autoridade das decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal.

¹¹ BRASIL Lei 9882/1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 de abr. de 2016. Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

A segunda hipótese de cabimento reflete a infringência aos exatos termos fixados em um caso concreto, seja nas hipóteses de resistência ao cumprimento de seu julgado, ou em um julgamento destoante daquilo determinado pelo Pretório Excelso.

Dessa maneira, verifica-se que o instituto da reclamação constitui instrumento de absorção da segurança, na medida em que se torna meio de proteção da jurisdição constitucional brasileira ao viabilizar o funcionamento harmônico do sistema constitucional.

Cândido Dinamarco contextualiza a questão tratando-a como preclusão hierárquica, operada com as decisões de tribunais de superposição como é o STF, o qual impede que juízes e tribunais locais voltem a decidir sobre o que já foi superiormente decidido.¹²

Ao fim e ao cabo, todos os mecanismos buscam demonstrar que a supremacia da Constituição revela a sua posição hierárquica mais elevada do ordenamento jurídico, tal qual se estrutura de forma escalonada em diferentes níveis. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade representa um dos mecanismos de harmonização entre as normas constitucionais e o ordenamento jurídico, consistindo na compatibilização entre lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS MUDANÇAS NO PROCESSO CIVIL

Como visto anteriormente, a Constituição passa a ter um papel fundamental no Direito Brasileiro. Assim, as normas infraconstitucionais passam a ser interpretadas pelas lentes dos princípios constitucionais. Há uma interação cada vez maior dos demais ramos do Direito com o Direito Constitucional. Para entendermos essa movimentação é fundamental uma contextualização histórica do Processo Civil como veremos a seguir e também dos valores sociais que nos levaram a tais modificações.

¹² DINAMARCO, Cândido. **A reclamação no processo civil Brasileiro**, São Paulo: Editora Malheiros. p. 16.

O estudo do Direito Processual Civil Brasileiro e suas ferramentas deve passar primeiramente por uma análise da trajetória da sociedade. Isso porque o Direito reflete, também, as modificações sociais.

O Código de Processo Civil de 1973 foi marcado pela influência do liberalismo. Assim destaca-se pelo caráter individual, pela rigidez e manutenção da igualdade formal. As regras desse Código forma estruturadas para que no bojo do processo fossem veiculadas pretensões de caráter individual a serem solucionadas pelo juiz caso a caso¹³.

No entanto, com a evolução histórica e dos valores baseados na atividade econômica moderna, desenvolvimento do sistema de produção e distribuição de bens em série, esse modelo de processo torna-se insuficiente para atender ao crescente número de feitos que, muitas vezes, repetem situações idênticas. Nesse momento, surge a necessidade de tratamento coletivo a esses litígios, reunindo num único processo, ou em alguns¹⁴.

As regras processuais previstas no Código de 1973 revelam-se inadequadas, não atendendo as finalidades dos chamados direitos transindividuais, que não podem ser analisados individualmente, que transpassam o caráter individual e passam a ter um caráter coletivo, como os direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos. Para a devida adequação foram editados diplomas legislativos que passaram a disciplinar os mecanismos de tutela de direitos coletivos, tais quais: Lei n. 4.717/1965 (ação popular), Lei n. 7.347/85 (ação civil pública), Lei 8.429/92 (ação de improbidade administrativa) e o mandado de segurança coletivo. Essas ações coletivas submetem-se, dessa forma, a um subsistema próprio, formado pelo conjunto de

¹³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: EditoraJuruá, 2008, p. 73-74

¹⁴ DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O regime Processual das Causas Repetitivas. Leituras Complementares de Processo Civil**. 9ª ed. rev. ampl. Atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p.292

leis supracitadas cominadas com as regras processuais previstas no Código de Defesa do Consumidor¹⁵.

Passam, dessa forma, a existir dois modelos: causas individuais regidas pelo Código de Processo Civil e causas coletivas regidas pelas legislações supracitadas.

Mesmo com a implementação de um regime próprio para os processos coletivos surgem novas necessidades relativas as demandas denominadas repetitivas, demandas de massa. Muitos problemas inerentes a uma sociedade capitalista e de consumo de massa, são solucionadas individualmente. Para que essas causas repetitivas sejam resolvidas é preciso que se conceba um regime processual próprio que se destina a solução prioritária, racional e uniforme¹⁶.

3 OBJETIVOS PRINCIPAIS PREVISTOS NA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nesse contexto social surgem objetivos a serem observados nos processos e na atuação judicial. Esses objetivos foram inseridos na Constituição Federal pela Emenda n. 45/2004.

Preocupação com a segurança jurídica: um entendimento jurisprudencial consolidado que sirva como meio para estabelecer o significado das normas jurídicas aplicadas por meio de decisões judiciais;

Atenção para com a demanda por isonomia no tratamento de jurisdicionados: pleitos análogos levados em juízo precisam ser vistos em conjunto para que se formule um entendimento jurisprudencial consolidado

¹⁵ DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O regime Processual das Causas Repetitivas. Leituras Complementares de Processo Civil.** 9ª ed. rev. ampl. Atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 292.

¹⁶ DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O regime Processual das Causas Repetitivas. Leituras Complementares de Processo Civil.** 9ª ed. rev. ampl. Atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 292.

¹⁶ DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. **O regime Processual das Causas Repetitivas. Leituras Complementares de Processo Civil.** 9ª ed. rev. ampl. Atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 292.

que sirva como parâmetro para que se dite qual o tratamento padronizado;

Uniformização da jurisprudência: evita-se a prolação de várias decisões sobre a mesma questão de direito o que, conseqüentemente, evita a formação de decisões contraditórias.

Esses objetivos e valores sociais que se fizeram necessários para uma melhor prestação jurisdicional estão previstos no artigo 5 da Constituição Federal.

4 EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI Nº 13.105/2015

A exposição do Novo Código de Processo Civil demonstra esses objetivos a serem alcançados na atuação judicial e os pontua como valores basilares das mudanças trazidas para o Direito Processual Brasileiro. Senão vejamos:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal e regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos Tribunais Superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em

certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.¹⁷

5 PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES FEITAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E OS PRECEDENTES

Essa é a mudança de visão do Processo Civil Clássico para o Processo Civil Constitucional, ou seja, um Processo Civil pela lente dos valores constitucionais¹⁸.

Com o amplo acesso à justiça aumentou-se o número de demandas que chegam ao Poder Judiciário e, principalmente, as demandas de massa, demandas repetitivas. Esse quadro é perceptível e pode ser demonstrado pela quantidade de Recursos chegam a nossa Corte de Uniformização de Direito, o STJ. No ano de 2015 foram recebidos 327.841 recursos, foram julgados 344.562 processos, foram prolatadas 102.677 decisões em embargos de declaração e agravo regimental, somando 447.562 julgados no ano de 2015¹⁹.

Por um lado, os números demonstram que a Justiça realmente se tornou mais acessível e mais utilizada pelos cidadãos brasileiros, por outro lado, vemos um acúmulo de processos e decisões proferidas como posicionamentos diferentes e incompatíveis para situações fáticas e questões jurídicas semelhantes ou idênticas. Por essa razão, várias reformas foram feitas para que pudéssemos construir uma racionalidade e gerenciamento das decisões judiciais, para que possam efetivamente ser respeitados os valores da isonomia, segurança jurídica que, conseqüentemente, gerarão a uniformização da jurisprudência.

Diante desse quadro, o sistema processual brasileiro recebeu significativas alterações pelas chamadas minirreformas em direção ao seu

¹⁷ FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: comparado - Lei 13.105/2015**. 3 ed. revista. Rio de Janeiro: Editora Forense. São Paulo: Método, 2016, p.310-311.

¹⁸ CAHALI, Cláudia Elisabete Schewrz. **O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.17.

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça. **Estatística de 2015**, disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=281>

aprimoramento na busca pela racionalização, simplificação e efetividade do processo²⁰.

A Lei n. 9.139/95 ampliou os poderes do relator e valorizou a jurisprudência dominante no artigo 557 do CPC. Esse dispositivo foi alterado para permitir que o relator pudesse negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula dominante do tribunal ou dos tribunais superiores²¹.

A Lei 11.277/2006, que estabeleceu o artigo 285-A, passou a permitir a resolução imediata do mérito contrário ao interesse do autor, desde que atendidos os seguintes pressupostos: a) matéria contravertida versar unicamente sobre direito, b) no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Nesse caso há precedente interno do próprio juízo que permite a resolução antecipada da lide, dispensando-se a citação e proferindo a sentença de pronto²².

Posteriormente, com a finalidade de conferir eficiência, celeridade, coerência e estabilidade ao julgamento de demandas em massa e, consequentemente, desafogar os tribunais superiores foi instituído o regime de demandas repetitivas com o julgamento de um ou mais recursos paradigmas da controvérsia, suspendendo-se os demais até o pronunciamento definitivo proferido pelo STF e pelo STJ no recurso afetado. Essa mudança foi introduzida pela Lei n. 11.672, de 08 de maio de 2008, acrescentando o artigo 543-B e 543-C.²³

Julgado o recurso, a orientação que dele advir produzirá efeitos sob os demais recursos que permaneceram suspensos. Os Tribunais inferiores só poderão deixar de aplicar o entendimento formado no recurso representativo

²⁰ CAHALI, Cláudia Elisabete Schewrz. *Ob.cit.*, p. 13

²¹ CAHALI, Cláudia Elisabete Schewrz. *Ob.cit.*, p. 14.

²² ARAÚJO, José Henrique Mouta. **As causas repetitivas e ampliação do caráter vinculante dos precedentes judiciais**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n.37, 2006. Disponível em <http://www.henriquemouta.com.br>. Acesso em 28/05/2016.

²³ CAHALI, Cláudia Elisabete Schewrz. *Ob.cit.*, p. 15.

da controvérsia quando o caso possuir diferenças, mediante a técnica do *distinguishing*²⁴.

Além dessas mudanças, ainda temos a criação do requisito de admissibilidade da repercussão geral no Recurso Extraordinário com a introdução do artigo 543-A do CPC trazido pela Lei 11.418 de 2006 e o instituto das Súmulas Vinculantes introduzidos pela Emenda Constitucional n.45 de 2004 que adicionou o artigo 103-A à Constituição Federal em que o Supremo mediante decisão de 2/3 de seus membros, após reiteradas decisões sobre uma matéria constitucional, aprovará súmula, que a partir de sua publicação terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta.

Todas essas mudanças trazem instrumentos para a racionalização do Direito e gerenciamento de processos judiciais, com o intuito de criar um padrão decisório e uniformização da jurisprudência. Com isso serão respeitados os valores constitucionais anteriormente mencionados da segurança jurídica, isonomia e razoável duração do processo. Esses mecanismos nos levam ao estabelecimento de uma doutrina de precedentes no Direito Processual Brasileiro.

6 DOCTRINA DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

As mudanças trazidas pelas legislações no Processo Civil Brasileiro e as mudanças na forma de julgar levam a uma nova visão do Superior Tribunal de Justiça como Corte Suprema juntamente com o Supremo Tribunal Federal. Essa Corte está capacitada a atribuir sentido aos textos legais federais, bem como desenvolvê-los de acordo com as alterações de valores e contextos sociais²⁵.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios. Os precedentes no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 499.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema**. 2 ed. rev. atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.173.

Para o implemento dessa função é necessária uma teoria de precedentes no Direito Brasileiro, com uma releitura dos conceitos e dos institutos que fazem parte de sua atividade²⁶.

Dessa forma o Superior Tribunal de Justiça passa a cristalizar o sentido do direito federal infraconstitucional, participando, ao lado do legislativo, da concretização do direito, da formação de normas jurídicas que estipularam a melhor interpretação para o caso presente e para os futuros²⁷.

Essa norma jurídica que constitui a melhor interpretação do direito federal infraconstitucional será proclamada pela Corte Suprema incumbida para tanto. Essa proclamação será feita mediante uma decisão que deve, por meio de uma argumentação racional, expressar as razões apropriadas capazes de adUquadamente delinear a *ratio decidendi* do precedente com uma pretensão universal, válida para todos os casos com características similares²⁸.

Para que fique ainda mais claro, o precedente para tanto, é a parte da decisão a qual se faz referência, pois dela deriva a regra de julgamento para o caso sucessivo. A razão jurídica efetiva (*ratio decidendi*) é que torna eficaz o precedente²⁹.

Com base nesses critérios, verifica-se a necessidade de mudança de visão nos sistemas jurídicos. A referência ao precedente, conforme demonstrado acima, não é mais uma característica peculiar aos ordenamentos de *common*

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema**. 2 ed. rev. atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.173.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema**. 2 ed. rev. atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.174.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema**. 2 ed. rev. atual e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 174.

²⁹ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n.2, jul-dez/2014. Disponível em <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Data de acesso em 29/05/2016.

law, estando presente em quase todos os sistemas, inclusive nos de *civil law*³⁰ como o sistema brasileiro.

De fato, existe uma aproximação das tradições do *civil law* e do *common law*. A globalização está aproximando os sistemas e as sociedades, criando valores e questões globais a serem decididas. Com isso, é preciso uma complementação de ambos os sistemas. O *common law* está utilizando cada vez mais de codificações e legislações e, o *civil law* se preocupa em assegurar a vigência do princípio da liberdade e igualdade de todos perante o direito, trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica que postula a necessidade do Poder Judiciário trabalhar em conjunto com o Poder Legislativo na criação de uma norma jurídica a ser aplicada a todos os casos similares³¹.

O Novo Código de Processo Civil corrobora essas mudanças e passa a ter como preocupação central o jurisdicionado. Por isso, opta por um modelo publicista, com bases nos princípios constitucionais, que cumpra sua função social. Assim, desfaz a visão antiga de que a jurisdição se resume à mera aplicação mecânica da lei, na qual o legislador é sábio e prevê todos os litígios futuros e suas respectivas soluções³².

O Novo Código de Processo Civil estabelece, nesse novo modelo publicista, a eficácia vinculante dos precedentes judiciais, conforme o disposto no artigo 926: “os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente³³”. Ainda, estabelece uma uniformização da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores pelos órgãos inferiores

³⁰TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n.2, jul-dez/2014. Disponível em. Disponível em <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Data de acesso em 29/05/2016.

³¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume II/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.605.

³²FUX, Luiz. Novas tendências do Processo Civil. O projeto do Novo Código de processo civil. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n.61, p.133.

³³BRASIL. Código de Processo Civil. **Vade Mecum**. 11.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

para que seja alcançada a coerência, estabilidade e segurança do sistema jurisdicional³⁴.

O Tribunal Superior passa a realizar uma interpretação construtiva, para encontrar uma melhor justificativa, servindo o processo judicial para a concretização da norma. A resposta emanada pela Corte em questão deverá levar em conta toda a história institucional das decisões anteriores que tratam de uma mesma temática, respeitando-se a coerência e integridade do Direito. O precedente é visto como ponto de partida para as discussões e todo o Tribunal será chamado a decidir um caso, cuja matéria já tenha sido decidida em outros julgados³⁵.

7 A ABSTRATIVIZAÇÃO NO CONTROLE CONCRETO E A RESPECTIVA REPERCUSSÃO NOS RECURSOS CONSTITUCIONAIS: ANÁLISE E PERSPECTIVAS

Impossível refletir sobre a sistemática recursal nas ações constitucionais sem abordar a abstrativização no controle concreto de constitucionalidade. É que ambos os temas inexoravelmente atrelados estão, na medida em que o exercício da jurisdição de forma definitiva pelo Supremo Tribunal Federal sobre um determinado assunto, ainda que levado adiante em sede de controle difuso, termina por desconstituir a pretensão do jurisdicionado que, doravante, deseja discutir este mesmo assunto, seja nas Cortes de Apelação, seja nos Tribunais Superiores.

O que se busca ilustrar, em outras palavras, é a imediata repercussão que uma decisão do Supremo Tribunal Federal importa aos interesses processuais daquele que deseja recorrer em um processo específico do qual se afigura como litigante, desde que haja identidade temática entre ambos, isto é, desde que a

³⁴ SILVA, Narda Roberta da. **A eficácia dos precedentes no novo CPC. Uma reflexão à luz da Teoria de Michele Taruffo**. Revista de Processo: RePro, v. 39,n.228, fev.2014.

³⁵ NUNES. Dierle; LADEIRA, Aline Hadad. **Aspectos da dinâmica do direito jurisprudencial no Brasil versus a busca da coerência e integridade – Uma primeira impressão das premissas dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. R. bras. Dir. Proc – RBDPro: Belo Horizonte, ano 22,n.87,p.77-99, jul/set.2014.

pretensão recursal verse acerca de uma questão já debatida pela Excelsa Corte Constitucional, muitíssimo embora esta o tenha realizado via controle difuso.

É de crucial sabença, no ponto, que o Supremo Tribunal Federal vocacionado está a velar pelo respeito da Constituição da República³⁶, enquanto norma fundamental na qual todas as demais legislações infraconstitucionais se abeberam, dada a supremacia formal por ela ostentada de acordo com a hierarquia kelseniana das normas. E ele o faz, de ordinário, por meio do controle concentrado e abstrato, expediente jurídico em que a atuação da Corte cumpre o seu ofício sem se debruçar sobre um caso concreto para tanto. A Suprema Corte o cumpre, também e embora extraordinariamente, por meio do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, ocasião em que exerce o papel de guardião da Constituição da República com fulcro em uma demanda subjetiva.

Em tempo e, apenas a título de revisão, trata-se o controle abstrato de um pleito objetivo, deflagrado por legitimados especificamente catalogados, sem qualquer vínculo com um caso concreto, realizado por via de ação, em que o requerimento declaratório consta do pedido imediato e cuja decisão importa em efeitos que extravasam os lindes objetivos do processo. O controle concreto, por sua vez, ilustra uma demanda subjetiva, detonada por qualquer jurisdicionado que tenha tido o seu direito lesado por outrem, exercido sobre um caso concreto, concluído por via de exceção, na qual o provimento judicial é

³⁶ Neste sentido, inclusive, a abalizada doutrina que, ainda no ensejo, deixa bem claro a importância do recurso extraordinário no direito nacional, como adiante rabiscaremos. Transcrevemos o que interessa: "Porque tem a função de guarda da Constituição Federal, ao STF cabe conferir interpretação às normas constitucionais, fazendo-o por meio de controle abstrato de constitucionalidade ou por meio do controle concreto, sendo este último, como se sabe, realizado usualmente por meio do recurso extraordinário. Daí se infere que: 'o recurso extraordinário, portanto, sempre teve como finalidade, entre outras, a de assegurar a inteireza do sistema jurídico, que deve ser submisso à Constituição Federal'. Enfim, o papel do recurso extraordinário, no quadro dos recursos cíveis, é o de resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal e assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento." (JÚNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 3^o vol. 5^a ed., Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 306-307)

postulado na causa de pedir e cuja decisão implica em efeitos apenas e tão somente entre os envolvidos na lide³⁷.

Curioso notar, de mais a mais, que o legislador constituinte originário previu a atuação do Senador Federal no controle concentrado difuso³⁸, então operado pela Excelsa Corte em demandas subjetivas, pois cômico da impossibilidade fático-jurídica de ela própria e sem ofensa à independência e harmonia dos poderes³⁹, elastecer a interpretação *extra autos* àqueles que destes não participaram.

Desenhado o panorama do controle de constitucionalidade, vislumbra-se que o grande empeco para a análise de sua repercussão no exercício do direito recursal é, de fato e a toda evidência, quanto ao controle difuso então concluído pela Suprema Corte, já que no controle abstrato a decisão por esta proferida repercute nos demais Poderes da República, nas esferas federal, estadual e municipal, além da sociedade como um todo, sem que se revele necessária a intermediação do Senado Federal ou de qualquer outro órgão para tanto.

Bom, se fôssemos analisar a letra fria da Constituição da República de 1988, a única e possível conclusão à qual chegaríamos é a de que, realmente, se denota inviável uma decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede

³⁷ A diferenciação entre as modalidades de controle que ora colocamos, aliás, enxerga eco na melhor doutrina de Direito Constitucional, senão vejamos: "A Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. (...) A Supremacia Formal é imprescindível para que possa haver controle de constitucionalidade. (...) Existem dois sistemas principais de controle de constitucionalidade que podem ser exercidos pelo Poder Judiciário, são eles o controle incidental (também chamado de concreto) normalmente podendo ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário (difuso) e o controle abstrato exercido pela Corte Constitucional (concentrado). (...) Para facilitar o estudo devemos lembrar que o controle difuso também é denominado incidental, por via de exceção, o de processo constitucional subjetivo. O controle concentrado, por sua vez, também é chamado de controle por via direta, por via de ação, ou ainda de processo constitucional objetivo. " (MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**. 1ª ed. Goiânia: PUC Goiás, 2012, p. 41 e 46).

³⁸ "Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declara inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; " (original sem grifos)

³⁹ "Art. 2º. São Poderes da União, *independentes e harmônicos entre si*, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. " (Original sem grifos)

de controle difuso, por si só estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para destinatários e casos além daqueles ali tratados, porquanto imprescindível a ingerência do Senado Federal em circunstâncias tais.

Esta conclusão, contudo e ao que se vê, aparentemente não fora abraçada pelo legislador constituinte derivado reformador, quando da elaboração da emenda nº 45, além de não se afigurar na melhor exegese sobre a hodierna atuação da Suprema Corte, cada vez mais revestida da preocupação em dizer o direito não para um jurisdicionado específico, senão para uma constelação de cidadãos que igualmente estão sob a égide da Constituição da República sobre a qual tem ela o dever de uniformizar a interpretação.

E é justamente este fardo obrigacional que faz com que as decisões da referida Corte, conquanto lançadas em ambiente de controle difuso, tenham eficácia para todos, independentemente da interposição de um terceiro gênero, na espécie o Senado Federal. Vale dizer, a se parar para refletir chegar-se-á a ilação acerca da absoluta inutilidade da atuação deste órgão congressional no controle difuso que, a bem da verdade, desarmoniza a lógica do sistema, quando não o embaraça, já que ao Senado Federal não é dado o dever de acatar decisões pretorianas desta ordem, pena de ultraje à discricionariedade atuacional que o legislador constituinte originário o emprestou.

Convencionou-se asseverar, a todo este estado de coisas, que a Constituição da República de 1988 experimentou uma espécie de mutação constitucional⁴⁰, já que a letra da norma que trata da atuação do Senado Federal

⁴⁰ Essas linhas, a propósito, são corroboradas pela doutrina especializada aqui já invocada, senão vejamos: “Interessante questão diz respeito ao controle difuso quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, prevê a Constituição Federal que a decisão será remetida ao Senado Federal que poderá suspender, no todo ou em parte, a lei tida por inconstitucional, suspensão esta feita por meio de resolução. (...) Sobre esse papel do Senado, críticas vêm sendo feitas, sobretudo pelo Ministro Gilmar Mendes et. al., que defende uma mutação constitucional do instituto, no sentido de que a resolução do Senado serviria apenas para dar publicidade à declaração de inconstitucionalidade, sendo que a decisão do STF, por si só, seria suficiente para suspender a execução da lei. Esse é o entendimento que se extrai do seguinte ensinamento do jurista Gilmar Ferreira Mendes: ‘Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a

intacta permaneceu, enquanto a sua aplicação perdeu forças com o passar dos anos, em especial quando inserida e cotejada sistematicamente com as demais normas constitucionais das quais a Suprema Corte é destinatária.

Esta releitura constitucional, como dito, é de fundamental importância para a análise da sistemática dos recursos insólitos quanto ao tema em pauta, principalmente do recurso extraordinário e, porque não, do instituto da reclamação que, inobstante arvore a natureza jurídica de ‘direito de ação’⁴¹, tem o seu desfecho e operabilidade prática norteados ao sabor do que o Supremo Tribunal Federal venha a decidir também em sede de controle difuso⁴².

Análise, esta, que não é complicada de se realizar, quando perscrutada sob as seguintes indagações: a) qual o sentido de ainda se apostar na ingerência do Senado Federal, em termos de controle difuso, se o escopo do legislador constituinte derivado reformador, após a EC nº 45/04 e ainda que velado, foi o de alçar o Supremo Tribunal Federal à categoria de uma verdadeira Corte Constitucional? b) se a apontada EC nº 45/04 inseriu a ‘repercussão geral’ como um dos pressupostos para a admissibilidade do recurso extraordinário⁴³, com

comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.” (MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**. 1ª ed. Goiânia: PUC Goiás, 2012, p. 51-52).

⁴¹ Neste sentido a doutrina processual civil, senão vejamos: “A reclamação constitucional consiste, a bem da verdade, numa ação, ajuizada originariamente no tribunal superior, com vistas a obter a preservação de sua competência ou a garantir a autoridade de seus julgados. A reclamação contém, inclusive, os elementos da ação, a saber: partes, causa de pedir e pedido. Realmente, há o reclamante e o reclamado, contendo a formulação de um pedido e a demonstração de uma causa de pedir, consistente na invasão de competência ou na desobediência à decisão da Corte.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 639-640)

⁴² A reclamação, além de preservar a competência das Cortes Superiores ou de fazer valer a autoridade de suas decisões, persegue, outrossim, a estabilização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Neste mesmo sentido, as lições da doutrina processual-constitucional, senão vejamos: “Por isso, o conteúdo da reclamação somente pode ser centralizado em quatro situações de fundamentação vinculada: a) houve invasão de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e se busca preservá-la; b) bem como se desobedeceu decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e necessita-se restaurar o respeito à autoridade das suas decisões ou; c) especialmente, a decisão judicial ou ato administrativo que contraria súmula vinculante ou a aplica indevidamente, esclarecendo-se que essa última possibilidade foi implementada na Constituição de 1988, pela Emenda Constitucional 45/04, voltando-se exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, parágrafo 3º); (...)” (JÚNIOR, Fredie Didier Júnior. Organizador. **Ações Constitucionais**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 469).

⁴³ A repercussão geral não serve para outra coisa, senão para firmar a relevância e a transcendência da questão debatida, pormenor que termina por comprovar a tendência de abstrativização das

qual razão uma declaração de constitucionalidade operada em controle difuso não poderia transcender as partes de uma determinada demanda, a fim de alcançar outras que dela não participaram, orientando e conformando direitos que ulteriormente venham a ser novamente questionados em juízo? c) e, por fim, se a Suprema Corte sacramentou uma discussão no orbe do controle difuso, com qual direito teria qualquer outro indivíduo de reacender o debate, embora calcado em um legítimo expediente, *v.g.*, recurso extraordinário ou uma reclamação constitucional?

Esta zetética⁴⁴ se presta, em suma, para permitir a conclusão de que a tendência do ordenamento jurídico nacional, seja com lastro em lições de doutrina ou na própria jurisprudência, é admitir a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, o que terminaria por aglutinar o sistema constitucional-processual e fechar o raciocínio na seara sobre a qual ora se escreve, pois ainda desconexada da lógica ainda o é. Afinal de contas e ao nosso sentir, definitivamente não se harmonizam o filtro da ‘repercussão geral’ nos recursos extraordinários, de um lado, com a impossibilidade de se consentir na

decisões construídas em sede de controle incidental. Transcrevemos trechos da doutrina de escol, a fim de atestar o que aqui se proclama: “A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 33).

⁴⁴ Zetética, em filosofia, é uma das ferramentas das quais se vale o pensador a fim de investigar o porquê das coisas. E ele o fez por meio de questionamentos para si mesmo, por ocasião do processo reflexivo. Neste sentido, aliás, a doutrina especializada, senão vejamos: “Zetética pode ser definido como caminho para o conhecimento; relacionado a investigação. Em outras palavras, do ponto de vista zetético, importa mais o que é considerado para se desenvolver o pensamento do que a conclusão a que se chega com tal pensamento. No caso do Direito, é o estudo do caminho a ser observado para a aplicação da norma, que inclui a investigação sobre a sua existência, vigência, validade e eficácia. É também preciso solucionar os conflitos aparentes e reais entre as normas que compõem determinado ordenamento jurídico e, na ausência de norma prevista para a solução de caso em concreto, conhecer os meios de integração do sistema jurídico. (...) A zetética, derivada do grego zetein, visa procurar, inquirir, ou seja, busca perguntas e não respostas. Essa investigação cumpre uma função informativa e especulativa. A zetética cumpre a reflexão, a filosofia.” (GONZAGA, Álvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. **Vade Mecum Humanístico**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 14 e 330).

produção de efeitos *erga omnes* no controle difuso, do outro, pena de deturpação da dinâmica do moderno ordenamento.

Ao que se infere, portanto, a perspectiva da citada alteração constitucional não seria outra, senão racionalizar o sistema processual-constitucional, erigindo o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais,⁴⁵ como um Tribunal vocacionado à lida de direitos transindividuais, além de emprestar ainda mais celeridade ao verdadeiro exercício da jurisdição, que tem o Poder Judiciário como uno,⁴⁶ e não ‘picado’, que é o que ainda sucede nos dias atuais, mesmo após mais de 10 (dez) longos anos a fio de vigência da EC nº 45/04.

8 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A LEI Nº 13.105/15: REFLEXÕES PERTINENTES E COMPLEMENTARES

Finalmente, após mais de 40 (quarenta) anos, veio a lume o novo Código de Processo Civil, representado na Lei nº 13.105/15 e que, dentre outras consideráveis e substanciais alterações, reforçou a tendência da abstrativização

⁴⁵ Essa tendência processual-constitucional, a propósito, não escapou dos registrados da doutrina de elite, como se depreende da passagem seguinte: “Como deve o Supremo Tribunal Federal desempenhar essa sua função? Examinando todas as questões que lhe são apresentadas ou apenas aquelas que lhe pareceram de maior impacto para obtenção da unidade do Direito? O pensamento jurídico contemporâneo inclina-se firmemente nesse segundo sentido. A simples ‘intenção da justiça quanto à decisão do caso jurídico concreto – e, com ela, também o interesse das partes na causa’, por si só não justifica a abertura de uma terceira (e, eventualmente, quarta) instância judiciária. O que o fundamenta, iniludivelmente, é o interesse na concreção da unidade do Direito: é a possibilidade que se adjudica à Corte Suprema de ‘clarifier ou orienter le droit’ em função ou a partir de determinada questão levada ao seu conhecimento. Daí a oportunidade e o inteiro acerto de instituir-se a repercussão geral da controvérsia constitucional afirmada no recurso extraordinário como requisito de admissibilidade desse.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 17).

⁴⁶ A unidade da jurisdição, tema assente na teoria geral do processo, resulta quebrada quando a linha de entendimento judicial não é seguida entre as diferentes instâncias, divisão, esta, dentre outras, idealizada apenas para facilitar a atividade judicante do Poder Judiciário. Este raciocínio é chancelado pela melhor doutrina. Transcrevemos o que interessa: “A jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido; a jurisdição é, em si mesma, tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano. A doutrina, porém, fazendo embora tais ressalvas, costuma falar em espécies de jurisdição, como se esta comportasse classificação em categorias. Costuma-se classificar a jurisdição nas seguintes espécies: a) pelo critério do seu objeto, jurisdição penal ou civil; b) pelo critério dos organismos judiciários que a exercem, especial ou comum; c) pelo critério da posição hierárquica dos órgãos dotados dela, superior ou inferior; d) pelo critério da fonte do direito com base no qual é proferido o julgamento, jurisdição de direito ou de equidade.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 156).

do controle difuso de constitucionalidade e da postura do Supremo Tribunal Federal não como uma Corte de lides individuais, mas vocacionada à lida de temas que interessam a toda a coletividade.

A nosso juízo, entendemos que a positivação do *amicus curiae* inaugura o que ora se propugna, senão vejamos: a) a uma, porque esmiuçou um instituto característico do orbe Constitucional que, até então, só constava na legislação esparsa respectiva; b) e a duas, porque expressamente alude à ‘relevância social’ ou ‘repercussão social’ acerca da matéria sobre a qual debruçará as suas considerações⁴⁷.

O *amicus curiae*, ou amigo da corte como é igualmente conhecido⁴⁸, até então constava de outros diplomas normativos, como o que trata da ação de descumprimento de preceito fundamental, da ação direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade⁴⁹. Ao importa-lo para a Lei nº 13.105/15, desta maneira, o legislador infraconstitucional o dispensou uma importância ímpar, pois além de positivar o que a jurisprudência sobre ele já nos ensinava, pretendeu com a manobra, ainda que sutil e timidamente, afiançar a importância de o direito por ele posto ser atinente a um considerável número de pessoas.

Noutros termos, o *amicus curiae* tem a obrigação legal de importar elementos de convicção que digam respeito não somente a uma ou a outra parte

⁴⁷ “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.” (Original sem grifos)

⁴⁸ Sobre a questão, no ponto, curioso trazer à baila o que dizem as fontes doutrinárias, senão vejamos: “Figura há muito conhecida nas cortes internacionais e nos países que adotam o sistema da common law, o *amicus curiae* (‘amigo da corte’; ‘amigo do tribunal’), apesar de não ser uma novidade no direito brasileiro, ganhou destaque após ser consagrado na Lei nº 9.868/99, inspirada no direito processual constitucional norte-americano, conforme consignado na exposição de motivos do projeto de lei. Caberá ao relator, por meio de despacho irrecorrível, admitir ou não a manifestação do *amicus curiae*, cuja intervenção pode ser requerida por ele próprio ou provocada pelo STF. Para sua admissibilidade, são exigidos dois requisitos: um objetivo (relevância da matéria), outro subjetivo (representatividade dos postulantes). Trata-se de uma pessoa, órgão ou entidade que, mesmo sem ter interesse direto na questão, auxilia, com seu conhecimento sobre o assunto, na decisão do tribunal.” (NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 191-192).

⁴⁹ Leis nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99

qualquer, senão a toda a sociedade, na medida em que se revela prudente e interessante ao Judiciário, por ocasião do exame da constitucionalidade da norma questionada, definir o direito que reverbere a um amplo espectro de destinatários, jamais a uma pessoa ou a um grupo isolado de interessados.

Ademais, não custa nada recordar que o referido instituto enxerga aplicação em ambas as modalidades de controle, quais sejam, difuso e abstrato, o que equivale a dizer que, seja levando adiante o cotejo entre normas infraconstitucionais com a Constituição da República, seja resolvendo um litígio subjetivo que não prescinde da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma na qual a pretensão inicial se ampara, estará o Supremo Tribunal Federal atendendo, ao cabo e ao fim de contas, aos direitos de todos os cidadãos.

Mas não é só. Estamos convictos de que o controle difuso assumiu um valor singular com a superveniência do novo Código de Processo Civil também por conta da alteração empreendida no tomo executivo, mais especificamente no que diz respeito ao cumprimento de sentença⁵⁰ e que, pela mesma ordem de ideias, encontra-se reproduzida na defesa oposta pela Fazenda Pública⁵¹.

Bem, atento à teoria da cognição judicial erigiu o legislador infraconstitucional certas e específicas matérias que podem ser invocadas em defesa por aquele que venha a ser demandado em juízo. E neste taxativo rol encontra-se a previsão de o executado não consentir em uma execução fundada em uma obrigação inexigível, no ensejo em que reconhecida em título executivo fundado em norma reputada inconstitucional pela Corte Suprema ou, ainda, em

⁵⁰ “Art. 525. (caput) § 1º. Na impugnação, o executado poderá alegar: (...) III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; (...) § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle concentrado ou difuso.” (original sem grifos)

⁵¹ “Art. 535. (...) III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; (...) § 5º. Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.” (original sem grifos)

uma aplicação ou leitura da lei incompatível com a Constituição da República de 1988 realizada por este mesmo Tribunal, seja em controle difuso, seja em controle concentrado de constitucionalidade.

O que se pretende melhor explicar, em outras palavras, é o seguinte: não vinga uma execução lastreada em prévio título judicial se, posteriormente à formação do título executado no bojo do processo de conhecimento anterior, tenha o Supremo Tribunal Federal decretado a inconstitucionalidade da lei na qual o mencionado título se ampara, independentemente da modalidade de controle, ou seja, se difuso ou concentrado.

O importante para o presente ensaio acadêmico, contudo e como muito bem se nota, não é nem em si a explicação processual à luz da teoria da cognição judicial e da dinâmica da defesa na fase executória, senão deixar claro que as ideias iniciais deste ensaio acadêmico aqui também se robustecem, na medida em que buscam creditar ao controle difuso de constitucionalidade uma importância que, até então, não existia anteriormente, em especial se comparada a Lei nº 13.105/15 com a Lei nº 5.869/72 neste específico ponto.

Vale dizer, a vetusta legislação não consignou expressamente a declaração de inconstitucionalidade operada em sede de controle difuso, mas apenas em ambiente de controle concentrado, o que, quer queira, quer não, deixava dúvidas se abarcaria ou não declarações levadas adiante incidentalmente. Dúvida, esta, que não mais permanecerá, o que termina por avigorar o prestígio do controle difuso ao nosso ordenamento jurídico.

Com estes apontamentos o raciocínio se fecha, pois se consegue demonstrar pontualmente que a nova Lei nº 13.105/15 não apenas procurou valorizar sobremaneira a dinâmica dos precedentes, como dantes já explicado, bem como tratou de consignar declaradamente a autoridade que o controle difuso passou a ter em nosso ordenamento, 02 (dois) temas essenciais que cancelam a tendência que doravante e possivelmente se adotará, na seara do Direito e na atuação do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a da

abstrativização do controle incidental para além das partes envolvidas na demanda subjetiva na qual este se operou.

Enfim e por fim, temos realmente como impossível advogar outro raciocínio, senão o de que a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal merece ser observada por todos os órgãos públicos e cidadãos⁵², como natural tutor e intérprete da Constituição da República de 1988 que aquele o é. Refletir o contrário, sinceramente e com a devida licença, importará em deprimir a força normativa e unidade⁵³ da Magna Carta, em amesquinhar a envergadura atuacional da Suprema Corte na organização da sociedade e, em derradeiro, em emprestar falsas expectativas àqueles que demandam em juízo sobre temas já decididos noutras oportunidades⁵⁴.

CONCLUSÃO

⁵² Interessantíssimos, aliás, os registros críticos consignados pela doutrina que, ao parafrasear o então Ministro Francisco Rezek, termina por homologar as ideias que defendemos neste ensaio acadêmico, senão vejamos: “Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do Juiz (...). Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores. (...) Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar. De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? (...) Estou me referindo às hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a ideia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público eis que esse tipo de política prospere?” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 63-64).

⁵³ Invoco as lições da coeva doutrina, no ponto, a fim de melhor explicar o que aqui colocamos, senão vejamos: “O princípio da unidade da constituição implica que no âmbito da interpretação constitucional cada norma constitucional deve ser interpretada e aplicada de modo a considerar a circunstância de que a constituição representa uma unidade, um todo indivisível. Como bem disse Eros Roberto Grau, trata-se de levar a sério a noção de que a constituição (o que se aplica ao direito em geral) não pode ser pura e simplesmente lida em tiras, aos pedaços isolados. (...) O princípio da força normativa da constituição, de acordo com a definição de Gomes Canotilho, implica que, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, se dê primazia às soluções que possibilitam a atualização normativa da constituição e, ao mesmo tempo, garantam a sua eficácia e permanência.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 219 e 227)

⁵⁴ O que terminaria por violar o direito fundamental à efetiva jurisdição, além do próprio direito material vindicado perante o Estado-Juiz, uma vez que o processo vocacionado está, ex constituciones, à proteção concreta de direitos, incompatível com reviravoltas decisórias. Colacionamos, para demonstrar o que aqui se diz, excerto da autorizada doutrina processual: “Portanto, o processo deixou de ser um instrumento voltado à atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 415)

Assim como podemos verificar as modificações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil tiveram como foco a concretização dos valores sociais da segurança jurídica, da isonomia na aplicação das leis e da uniformização da jurisprudência. Com a busca para efetivação desses valores há uma nítida aproximação do processo civil com a Constituição Brasileira. Assim, o Processo Civil passa a ter como basilares vários direitos fundamentais como o amplo acesso à justiça (artigo 5, XXXV da CF/88), o devido processo legal (artigo 5, LIV, CF/88), a própria segurança jurídica (artigo 5, XXXVI, CF/88), a isonomia (artigo 5, I, CF/88), a razoável duração do processo (artigo 5, LXXVIII, CF/88) que garantem à tutela jurisdicional efetiva e não somente a sua realização no sentido formal.

Nessa perspectiva surge um Processo Civil que passamos a chamar de Processo Civil Constitucional e porque não dizer que ele se aproxima do Processo Constitucional exercido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Constitucionais. O Processo Constitucional é objetivo e tem a finalidade da garantia da Constituição. O Processo Civil Constitucional apesar de não ser objetivo passa a ter um caráter mais objetivo, pois coloca o foco nos valores constitucionais e, busca concretizá-los efetivamente. Também é possível verificar que há uma preocupação na uniformização do Direito que passa a ser feita com base nos princípios constitucionais para a garantia do próprio Direito material. A busca pela tutela efetiva passa a ser no sentido material e não somente na sua realização formal, daí porque hoje há um menor formalismo no processo e a primazia da decisão de mérito no Novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, as Cortes Superiores (STJ e STF) tem sua função de efetiva uniformização de jurisprudência consagrada no Novo Código de Processo Civil nos artigos 926 e 927. Suas decisões passam a ter um valor de formação de normas jurídicas a serem observadas pelas instâncias inferiores nos casos futuros semelhantes. Com essa sistemática há uma isonomia na aplicação da norma e uma segurança jurídica, pois os casos semelhantes passam a receber a mesma solução jurídica.

A Lei nº 13.105 procura, dessa forma, valorizar a soberania dos precedentes e declarar a autoridade do controle difuso das normas constitucionais. Logo, a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça passa a ser além das partes, também, no controle difuso para a efetivação do Direito Material e concretização dos Valores Constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **As causas repetitivas e ampliação do caráter vinculante dos precedentes judiciais**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n.37, 2006. Disponível em <<http://www.henriquemouta.com.br>> Acesso em 28/05/2016.

BRASIL Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. Org. Nylson Palm de Abreu Filho. 11. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo número 543. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 de abr. de 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo número 666. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abr. de 2016.

CAHALI, Cláudia Elisabete Schewrz. **O gerenciamento de processos judiciais: em busca da efetividade da prestação jurisdicional**. 1 ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 10ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O regime Processual das Causas Repetitivas. Leituras Complementares de Processo Civil**. 9ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no direito brasileiro**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FUX, Luiz. **Novas tendências do Processo Civil. O projeto do Novo Código de processo civil**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, v. 17, n. 61, p. 133, set./dez. 2013.

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: comparado - Lei 13.105/2015**. 3 ed. revista. Rio de Janeiro: Editora Forense São Paulo: Editora Método, 2016.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. **Vade Mecum Humanístico**. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2011.

JÚNIOR, Fredie Didier Júnior. Organizador. **Ações Constitucionais**. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

JÚNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 3º vol. 5ª ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**. 1ª ed. Goiânia: Editora PUC Goiás, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/** Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 1ª ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios. Os precedentes no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade**. 1ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; LADEIRA, Aline Hadad. **Aspectos da dinâmica do direito jurisprudencial no Brasil versus a busca da coerência e integridade – Uma primeira impressão das premissas dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro: Belo Horizonte, ano 22, n.87, p.77-99, jul/set.2014.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

SILVA, Narda Roberta da. **A eficácia dos precedentes no novo CPC. Uma reflexão à luz da Teoria de Michele Taruffo.** Revista de Processo: RePro, v. 39, n.228, fev.2014.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Trad. Chiara de Teffé. Revista Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez/2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>> Acesso em 29/05/2016.

AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO: A AÇÃO RESCISÓRIA, O *HABEAS CORPUS*, O MANDADO DE SEGURANÇA E A RECLAMAÇÃO NO ÂMBITO DO STF

Sarah Machado Luz¹

RESUMO

Em certos casos, a decisão judicial se mostra alheia àquilo que seria justo ou padece de vício procedimental, merecendo a sua cassação. Da mesma forma, alguns atos de autoridades públicas afrontam direitos individuais, pelo que se deve impugná-los. Para estas situações, a legislação pátria previu as ações autônomas de impugnação, as quais seguem rito em processo próprio, não se confundindo com os recursos. Ademais, os meios autônomos de impugnação podem ser manejados nos moldes do processo civil ou consoante os procedimentos previstos para o processo constitucional. Desse modo, o presente estudo visa distinguir as particularidades do instituto em pauta quando se trata de trâmite constitucional, que traz algumas diferenças ao ser comparado com o processo cível. Com isso, o operador do direito poderá compreender melhor as nuances de cada área, evitando equívocos. No mais, poderá ser observado que a atual política legislativa brasileira prioriza, ainda que sutilmente, a busca pela justiça em detrimento à segurança jurídica.

Palavras-chave: Processo constitucional. Remédios constitucionais. Cassação de decisão. Competência constitucional. Novo Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO

Busca-se, no processo judicial, equilibrar segurança jurídica e justiça. A primeira significa a garantia de que as normas e decisões não serão alteradas a todo instante (NÓBREGA, 2007, p. 102). Em sua vez, o ato justo se refere à rejeição da desigualdade, a regra justa significa a rejeição da arbitrariedade e o

¹ Mestre em Direito Público e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; especialista em Sociedade, Constituição e Justiça pelo Sui Juris; bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; graduada em Administração pela Universidade de Brasília – UnB; analista na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

homem justo se posiciona no sentido de rejeitar a desumanidade (PERELMAN, 1997, p. 82).

Nesse passo, foram estabelecidos mecanismos para impugnar os atos jurisdicionais em vista de garantir às partes litigantes o resultado judicial mais próximo possível da solução tida como justa. Destarte, somente nos casos taxativamente elencados na lei, as decisões e sentenças dos magistrados poderão ser desconstituídas ou reformadas. Isso se deve ao interesse social pela celeridade do processo e pela estabilidade das relações jurídicas.

Como cediço, os meios de impugnação dos atos jurisdicionais podem ser classificados em recursos e em ações autônomas. Os primeiros visam atacar a decisão dentro da relação jurídica ainda em curso e estão definidos no artigo 994 do Novo Código de Processo Civil, sendo eles: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência. Quanto às ações autônomas de impugnação, estas ocorrem em processo distinto do originário e compreendem, pelo menos, ação rescisória, mandado de segurança, embargos de terceiros, *habeas corpus* e *habeas data*.

No entanto, existem pontos controversos quando se trata de correição parcial, mandado de injunção e reclamação. Alguns autores² adotam um ponto de vista mais amplo e entendem que estes institutos também são meios autônomos de impugnação; outros discordam³, alegando não estar presente a criação de nova relação processual ou não haver ato jurisdicional em discussão (no caso do mandado de injunção, por exemplo, em que se ataca somente a omissão legal).

² Nesta linha de pensamento, pode-se citar Nelson Nery Jr (1990).

³ Para Alexandre de Moraes (2002), o mandado de injunção fica adstrito à ausência de norma reguladora, não sendo meio de impugnação autônomo. Em sua vez, Rogério Lauria Tucci assevera que a correição parcial é medida *sui generis* que visa “coibir a inversão tumultuária da ordem processual em virtude de erro, abuso ou omissão do juiz” (apud Humberto Theodoro Júnior, 1999, p. 559).

Em meio a um cenário em que pairam divergências, optou-se por discorrer, no presente trabalho, sobre a reclamação constitucional como uma ação autônoma de impugnação, inobstante a posição do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário. De qualquer forma, por ora, cabe repisar que não há nova relação processual na interposição do recurso, mas sim um mero prosseguimento da relação processual já existente. De modo diverso, o meio autônomo de impugnação representa o exercício de uma nova ação (GRINOVER, 1994, p. 76). Nem o recurso nem a ação autônoma de impugnação se confundem com os incidentes processuais ou com os sucedâneos recursais. Afinal, estes últimos não formam novo processo, muito menos possuem “a voluntariedade, a tipicidade, o efeito devolutivo e, principalmente, a finalidade recursal” (CÂMARA, 2002, p. 153).

Logo, o presente trabalho procurou aprofundar o estudo sobre os remédios para impugnação dos atos jurisdicionais, em especial, a ação rescisória, o mandado de segurança, o *habeas corpus* e a reclamação. Traçou-se por objetivo também comparar a aplicação das ações acima no processo civil com o processo constitucional, verificando suas distinções quanto à legitimidade ativa, ao objeto, ao cabimento e ao processamento em cada caso.

Por processo civil, entenda-se aquele vinculado ao rito descrito no Código de Processo Civil. A seu turno, o processo constitucional se relaciona à tutela dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, a qual é concedida supremacia perante as demais normas. Para Canotilho (2000, p. 939), o Direito Constitucional Processual reside “no conjunto de regras constitutivas de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional de atos normativos”. O mesmo autor (1991, p. 1044) esclarece que o objeto do processo constitucional não se restringe à averiguação da conformidade constitucional do procedimento, abarcando ainda as demais pretensões levadas ao Tribunal Constitucional. Segundo Gontijo (2007, p. 4), o processo constitucional conduz à concretização de determinada situação jurídica fundamentada na Constituição, iniciando com a necessidade de certo direito fundamental ser

exercido pelo indivíduo e se materializando com o julgamento por uma Corte Constitucional.

Nessa senda, o estudo que se propõe demonstra-se importante para delimitar a seara processual civil e a seara processual constitucional em tema de ação autônoma de impugnação. Com isso, o operador do direito poderá compreender melhor as particularidades de cada área, evitando equívocos. No mais, poder-se-á observar que existem instrumentos para se buscar a justiça junto ao Supremo Tribunal Federal - STF, ainda que tenha ocorrido trânsito em julgado.

1 A BUSCA PELA JUSTIÇA: OS MEIOS DE DESCONSTITUIÇÃO DOS ATOS JURISDICIONAIS NO ÂMBITO DA CORTE CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 trouxe a positivação de muitos princípios, fazendo-se uma carta de garantias e priorizando o dirigismo constitucional. Tal argumento é reflexo da previsão, na Carta Política, de diversas normas garantidoras de direitos individuais e coletivos, bem como de normas programáticas e de diretrizes a serem cumpridas pelo Poder Público (LENZA, 2009). Com isso, a busca pela justiça obteve maior grau de objetividade e as decisões judiciais passaram a ter limites mais bem definidos dentro da Constituição e das leis infraconstitucionais. Uma vez ultrapassados estes limites, as partes podem pleitear a reformulação ou até mesmo a desconstituição do ato jurisdicional.

A possibilidade de restituição das coisas ao estado em que se encontravam antes do julgamento não é algo recente, pois isto já podia ser visto em Roma na figura da *restitutio in integrum* (MANCUSO, 1991, p. 29). A despeito disso, a origem das ações autônomas de impugnação está atrelada à *querela nullitatis*, a qual foi aperfeiçoada pelo direito germânico e hoje é usada para atacar sentenças juridicamente inexistentes⁴ (MOREIRA, 1993, p. 205).

⁴ A inexistência de uma sentença pode ser verificada quando há, por exemplo, ausência de citação do réu ou quando ocorre a concessão de um pedido juridicamente impossível. Ou seja, o

Vale destacar que os meios de impugnação às decisões jurisdicionais foram vastamente ampliados, no Brasil, nos últimos anos, em vista de atender à política legislativa vigente. A propósito do tema, José Carlos Barbosa Moreira (1993, p. 204) leciona que:

Naturalmente, conforme a diretriz de política legislativa predominante na época, tais remédios [recursos e ações autônomas de impugnação] veem-se prodigalizados ou, ao contrário, comprimidos em doses parcimoniosas. A oscilação entre uma e outra tendência marca a evolução histórica de todos os grandes sistemas jurídicos do chamado mundo ocidental.

Por certo, os recursos constituem os instrumentos próprios para pleitear o reexame das decisões judiciais; todavia, em certas situações, a legislação pátria prevê remédios específicos, como a ação rescisória a ser utilizada quando a decisão de mérito for proferida por juiz impedido ou quando ocorrer as demais hipóteses previstas no artigo 966 do Novo Código de Processo Civil. Ressalta-se que a ação rescisória visa à desconstituição de uma sentença que transitou em julgado, formando-se novo processo cognitivo.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, cabe ação rescisória contra decisão do plenário, das turmas e do presidente do STF. Por outro lado, o Enunciado de Súmula nº 515/STF estabelece que a Corte Suprema não será competente para apreciar ação rescisória quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, for diferente daquela suscitada no pedido rescisório.

Outra ferramenta apta a impugnar atos jurisdicionais é o *habeas corpus*, o qual visa preservar o direito de ir e vir (CARVALHO FILHO, 2002, p. 818). Este instituto tem sido mais comumente utilizado na seara penal em face de decisões que ordenam a privação preventiva da liberdade do réu. No entanto, o *habeas corpus* também pode ser impetrado em hipótese de prisão civil por dívida

julgamento estaria maculado por vício insanável. No Novo Código de Processo Civil, a *querela nullitatis* pode ser encontrada no inciso I do artigo 535.

relativa à pensão alimentícia⁵ ou quando houver determinação de autoridade pública no sentido de limitar a locomoção do indivíduo⁶.

No que concerne ao Supremo Tribunal Federal, a alínea “d” do inciso do artigo 102 da Constituição Federal dispõe que esta será competente para julgar *habeas corpus* cujo paciente tiver foro privilegiado⁷. No mais, caberá ao STF apreciar originariamente o *writ* em que for coator Tribunal Superior ou for coator ou paciente autoridade ou funcionário sujeitos diretamente à jurisdição da própria Corte Suprema. Pela via derivada, o STF poderá julgar o *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Convém destacar também o mandado de segurança, cabível quando houver afronta a direito líquido e certo derivada de ordem ilegal ou inconstitucional de autoridade pública. Caso esta autoridade seja um juiz, configurará hipótese de pleito de desconstituição de decisão judicial.

⁵Como exemplo cita-se o precedente a seguir:

HABEAS CORPUS. DECRETO PRISIONAL EXPEDIDO EM FACE DE DEVEDOR DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. ALEGAÇÕES DE IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA PARA ARCAR COM A TOTALIDADE DO PENSIONAMENTO EM ATRASO QUE NÃO SE PRESTAM A EXAME EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. APLICAÇÃO DA SÚMULA 309 DO STJ. PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA QUE NÃO SE MOSTRA APTO À REVOGAÇÃO DA PRISÃO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL. ORDEM DENEGADA. (Processo nº 0065501-71.2015.8.19.0000, Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. GABRIEL ZEFIRO, julgamento em 16/03/2016).

⁶ Como exemplo citam-se os precedentes a seguir:

HABEAS CORPUS. PROCESSO FALIMENTAR. OBRIGAÇÃO DO FALIDO DE NÃO SE AUSENTAR DO LUGAR DA QUEBRA SEM EXPRESSA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ART. 34, III, DO DECRETO-LEI Nº 7.661/45 (ANTIGA LEI DE FALÊNCIA) INCIDENTE SOBRE AS FALÊNCIAS DECRETADAS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.101/05. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE SANÁVEIS PELA ESTREITA VIA DESTA AÇÃO CONSTITUCIONAL. IRRESIGNAÇÃO DO FALIDO QUE JÁ FOI OBJETO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. (Processo nº 0011821-40.2016.8.19.0000, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. MYRIAM MEDEIROS, julgamento em 14/03/2016).

HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. MENOR ENTREGUE À IMPETRANTE PELA MÃE BIOLÓGICA. GUARDA IRREGULAR. VIOLAÇÃO AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. DECISÃO JÁ PRECLUSA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. LIMINAR CASSADA. ORDEM NEGADA. (Processo nº 0058971-51.2015.8.19.0000, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. ANTONIO ILOIZIO B. BASTOS, julgamento em 09/12/2015).

⁷ Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente ; Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente

Dentre às atribuições da Corte Constitucional, tem-se que as definições para o mandado de segurança são similares àquelas descritas para o *habeas corpus*. Destarte, o STF cuidará do mandado de segurança impetrado contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Pretório Excelso. Além disso, o Supremo Tribunal Federal será competente para apreciar o recurso ordinário do mandado de segurança denegado em decisão de única instância pelos Tribunais Superiores.

Por fim, cita-se a reclamação elencada na alínea “I” do inciso I do artigo 102 da Constituição como forma de cassar decisão exorbitante que sobreponha a competência do Supremo Tribunal Federal. Via de regra, esta demanda visa preservar ou garantir a autoridade das decisões do Pretório Excelso perante os demais tribunais, sendo necessária a instrução com prova documental que demonstre a violação da decisão do STF.

Como se viu, a Suprema Corte, em sendo acionada, detém meios de impugnar e afastar decisões jurisdicionais que aparentam ser injustas e contrárias aos princípios constitucionais. Logo, pode-se desconstituir sentenças e acórdãos em prol de perseguir aquilo que mais se aproxima da Justiça. Entrementes, há que se observar requisitos mínimos a fim de realizar o contrabalanceamento com a segurança jurídica. Assim, passar-se-á a detalhar os critérios para manejar cada ação descrita acima.

2 AS PARTICULARIDADES DA AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA NA SUPREMA CORTE

A ação rescisória é o instituto que apresenta de forma mais clara as características das ações autônomas de impugnação. Afinal, lança-se mão da demanda rescisória quando se pretende desconstituir sentença transitada em julgado, o que deve ser feito mediante ação própria, com o surgimento de nova relação processual.

O Novo Código de Processo Civil dedicou um capítulo inteiro à ação rescisória e estabeleceu, em seu artigo 966, os casos em que esta é cabível, a saber:

1. quando a decisão de mérito houver sido proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
2. quando a decisão for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
3. quando se verificar dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
4. quando ocorrer ofensa à coisa julgada;
5. quando se constatar violação manifesta de norma jurídica;
6. quando a decisão atacada restar fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
7. quando o autor demonstrar o advento de prova nova cuja existência ignorava ou cujo uso não pôde, por si só, assegurar pronunciamento favorável;
8. quando a decisão tiver sido baseada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Como se observa, a redação da nova legislação priorizou o termo “decisão” em detrimento à “sentença”. Isso porque se passa a reconhecer que as decisões interlocutórias também são passíveis de rescisão, as quais, em certas situações, podem conter julgamento de mérito. Por outro lado, houve a sedimentação de que é possível rescindir decisão transitada em julgado que não seja de mérito em casos excepcionais, isto é, quando a decisão impedir nova propositura da demanda ou admissibilidade do recurso correspondente.

Ademais, o Novo Código de Processo Civil procurou ampliar a regra antes contida no inciso V do artigo 485 da Lei nº 5.869/73, que remetia o manejo de ação rescisória quando houvesse violação literal de disposição de lei. Com a

novel legis, conforme descrito no inciso V do artigo 966, qualquer violação manifesta à norma jurídica passou a poder ser objeto de ação rescisória. Nesse espeque, não há mais a necessidade de a ofensa ser literal nem de se tratar de lei em sentido estrito.

Destaca-se ainda que o inciso VII do artigo 485 do antigo Código Civil (Lei nº 5.869/73) indicava que somente o surgimento de documento novo poderia motivar a ação rescisória. No Novo Código de Processo Civil, mais uma vez, optou-se pela expansão do instituto, ao substituir o termo “documento” por “prova” no inciso VII do artigo 966. Logo, observa-se que a política legislativa tem pendido levemente para a busca da justiça em detrimento à segurança jurídica.

Em se tratando da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar ação rescisória, verifica-se distinções para com o processo civil no que se refere ao objeto, ao cabimento e ao processamento.

Sobre o objeto a ser analisado pelo Pretório Excelso, tem-se que este será a decisão maculada em julgamento da própria Corte Suprema, a qual será levada a juízo pelos legitimados do artigo 967 do Novo Código de Processo Civil – por quem foi parte no processo ou seu sucessor, por terceiro juridicamente interessado, pelo Ministério Público ou por aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção.

Frisa-se que o objeto da ação rescisória ajuizada perante o STF está previsto na Constituição Federal, na alínea “j” do inciso do I do artigo 102, qual seja, apenas “seus julgados”. Destarte, uma vez sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Carta Magna, há a predominância de julgados constitucionais, os quais se tornam passíveis de ação rescisória dentro do próprio Tribunal.

Quanto ao cabimento, observa-se que raramente as situações descritas nos incisos VI e VII do artigo 966 do CPC ocorrerão no âmbito das causas de competência do Supremo Tribunal Federal. Afinal, o STF examina mais questões de direito do que questões de fato, as quais requerem exame de provas. É o que

se vê das estatísticas para o ano 2016, retiradas do Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal⁸:

CLASSE	Protocolados	Distribuídos	Julgados
AC	102	96	192
ACO	97	96	281
ADC	4	4	8
ADI	118	117	158
ADO			2
ADPF	37	37	30
AI	951	325	822
Almp	5		4
AO	20	19	59
AOE	2		3
AP	18	17	32
AR	58	56	92
ARE	37.676	23.544	40.198
AS	1		4
CC	13	12	12
Cm	2	1	1
EI	1	1	1
EP			12
Ext	23	23	54
HC	3.124	2.600	3.606
HD	2	1	
IF	1		14
Inq	78	73	131
MI	44	44	77

⁸

Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>
. Acesso em 20/07/2016.

MS	266	262	776
Pet	242	168	187
PPE	15	15	18
PSV	3		6
RC			1
Rcl	1.955	1.937	2.430
RE	6.423	5.372	7.772
RHC	282	279	324
RMS	69	68	140
RvC	4	4	5
SL	58		71
SS	44		106
STA	19		38
Soma:	51.757	35.171	57.668

Dos dados acima, extrai-se que o maior número de demandas ajuizadas no Pretório Excelso são de recursos extraordinários a agravo em recurso extraordinário. Em sua vez, o Enunciado de Súmula nº 279 do STF dispõe que não cabe recurso extraordinário para simples reexame de prova. De igual modo, as ações de controle de constitucionalidade não visam levantar questões de fato, mas sim discussão puramente jurídica (questão de direito).

No atinente ao processamento, uma das principais particularidades da ação rescisória protocolada no STF consiste na possibilidade de o relator delegar atos instrutórios a juiz ou membro de outro Tribunal que tenha competência territorial no local onde devam ser produzidos (artigo 261, parágrafo único, do Regimento Interno do STF). Esta norma visa conceder celeridade à instrução processual, pois há a delegação de atribuição para o magistrado com maior facilidade de colher informações.

Em paralelo, na seara civil, o artigo 972 do Novo Código de Processo Civil estabelece que, “se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o

relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a devolução dos autos”. Assim, somente aquele que prolatou a decisão atacada poderá receber a incumbência de produzir provas.

Em suma, as principais diferenças da ação rescisória no processo civil e no processo constitucional são:

	Processo civil	Processo constitucional
Fundamento	Art. 966 do CPC	Alínea “j” do inciso I do artigo 102 da CF
Objeto	Julgado civil	Julgado constitucional
Cabimento	Art. 966 do CPC, incisos de I a VIII	Art. 966 do CPC, incisos de I a V, e VIII (pouco se aplicam os incisos VI e VII)
Processamento	Instrução pode ser delegada para o órgão que proferiu a decisão rescindenda	Instrução pode ser delegada para qualquer órgão que tenha competência territorial no local onde os atos instrutórios devam ser produzidos

Por derradeiro, convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não será competente para a ação rescisória quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, não for a mesma da suscitada no pedido rescisório (Enunciado de Súmula nº 515 do STF). De outra sorte, o Tribunal Constitucional será competente para julgar ação rescisória quando, inobstante não houver conhecido do recurso extraordinário ou houver negado provimento ao agravo, tiver analisado a questão federal controvertida.

Caso a decisão judicial não recaia nos fatos descritos no artigo 966 do Novo Código de Processo Civil, mas ofenda o direito de ir e vir ou direito líquido e certo, caberá também a sua cassação. Isto poderá ser feito por meio dos remédios constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança.

3 O HABEAS CORPUS E O MANDADO DE SEGURANÇA COMO MEIOS DE IMPUGNAR DECISÃO JUDICIAL E ATOS ADMINISTRATIVOS JUNTO AO STF

Para Aury Lopes Júnior (2012, p. 3493), a efetividade da defesa dos direitos individuais reflete na existência do Estado de Direito, pelo o que se torna indispensável a disponibilização de instrumentos processuais de fácil acesso, céleres e eficazes. Dentre estes instrumentos, pode-se citar o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

O *habeas corpus* encontra-se previsto em várias cartas internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Sua origem remonta ao período clássico romano (27 a.C. a 284 d.C.), quando qualquer cidadão podia utilizar a *interdictum de libero homine exhibendo* para requerer a exibição pública de homem livre que se encontrasse preso ilegalmente⁹.

No Brasil, o Código de Processo Criminal de 1832 trouxe, de forma expressa e inédita, o *habeas corpus* como mecanismo de proteção do cidadão contra prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade. O artigo 340 do aludido documento dispunha que: “todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor”.

Atualmente, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, estabelece que: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. A seu turno, o artigo 647 do Código de Processo Penal prevê que: “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

Vale ressaltar que o *habeas corpus* não se enquadra dentre o rol de recursos, pois pode atacar decisão que já transitou em julgado (artigo 648, incisos VI e VII, do Código de Processo Penal) ou ato de autoridade diversa do magistrado, o que jamais ocorreria no âmbito recursal (RANGEL, 2002, p. 724).

⁹ Digesto XLIII, Título 29, 1.

Na esfera cível, a doutrina tem sedimentado também ser possível o uso de *habeas corpus*. Heráclito Antônio Mossin (2005, p. 77) leciona que o *mandamus* não se projeta apenas no campo penal ou processual, sendo cabível na área *extra persecutio criminis*, inclusive contra ato de particular. No mesmo sentido, Fernando Capez (2005, p.493) expõe que é possível impetrar o *writ* contra indivíduo que não seja autoridade pública quando houver ilegalidade na restrição da liberdade de ir e vir, como no caso de filho que interna o pai em clínica psiquiátrica sem motivo razoável. Afinal, a legislação prevê duas hipóteses de cabimento de *habeas corpus*: em situação de abuso de poder ou em caso de ilegalidade que prive a liberdade de locomoção do indivíduo. Se houver abuso de poder, somente a autoridade pública será o coator; se houver ilegalidade, o coator poderá ser agente público ou privado.

No pertinente à competência do Supremo Tribunal Federal, o artigo 102 da Constituição Federal define que esta Corte deverá apreciar o *writ* quando o paciente possuir foro privilegiado¹⁰ (inciso I, alínea “d”), quando o coator for Tribunal Superior, quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância (inciso I, alínea “i”).

Desse modo, o *mandamus* poderá ser ajuizado no Pretório Excelso para cassar decisão de Tribunal Superior que for abusiva ou ilegal, afrontando a liberdade de locomoção do cidadão. No mais, se a sentença for contrária ao direito de ir e vir do indivíduo com foro privilegiado, esta poderá ser desconstituída via *habeas corpus* endereçado ao STF.

No geral, não há muitas diferenças entre o *habeas corpus* do processo civil e o *habeas corpus* do processo constitucional, podendo-se destacar as listadas a seguir:

¹⁰ Os detentores de foro privilegiado, nesse caso, são: Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros, Procurador-Geral da República, membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, chefes de missão diplomática de caráter permanente, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

	Processo civil	Processo constitucional
Fundamento	Art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal	Art. 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal
Legitimidade ativa	Geral (qualquer um que sofra ofensa ao direito de ir e vir)	Específica (apenas os legitimados do artigo 102, da Constituição Federal)
Cabimento	Sempre que houver afronta ao direito de ir e vir	Somente quando houver foro privilegiado, decisão de Tribunal Superior ou crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância

Por sua vez, o mandado de segurança consiste em uma ação de rito sumaríssimo, na qual, segundo Cretella Júnior (2000, p. 921):

Todo aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública ou de delegado do Poder Público, certo e incontestável, não amparável por *habeas corpus*, ou tenha o justificável receio de sofrê-la, tem o direito de suscitar o controle jurisdicional do ato ilegal editado, ou a remoção da ameaça coativa, a fim de que o Estado devolva, ao interessado, aquilo que o ato lhe ameaçou tirar ou efetivamente tirou.

Para Buzaid (1989, p. 56), o mandado de segurança traz a mais solene proteção do indivíduo em sua relação com o Estado, destacando-se como notável forma de tutela jurídica dos direitos individuais. Diferente do *habeas corpus*, o mandado de segurança só poderá ser impetrado em face de agente privado se este exercer função pública¹¹.

A fim de esclarecer alguns pontos controversos, a Suprema Corte editou enunciados de súmulas para melhor definir o cabimento do mandado de segurança. Assim, não se pode manejar mandado de segurança contra lei em tese (Enunciado de Súmula nº 266 do STF), contra ato judicial passível de recurso ou correição (Enunciado de Súmula nº 267 do STF) ou contra decisão judicial com trânsito em julgado (Enunciado de Súmula nº 268 do STF). Ademais, o mandado de segurança não poderá ser substitutivo de ação de cobrança (Enunciado de Súmula nº 269 do STF).

¹¹ O §1º do artigo 1º da Lei nº 12.016 dispõe que "equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições".

No que se refere à competência do Supremo Tribunal Federal, a alínea “d” do inciso I do artigo 102 da Carta Magna dispõe que esta Corte apreciará o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF. Logo, paira a competência *ratione personae* e somente haverá desconstituição de decisão quando a autoridade prolatora for ministro do Pretório Excelso. Nas demais hipóteses, o remédio constitucional será utilizado para atacar ato administrativo.

Ao se traçar um paralelo entre o mandado de segurança impetrado sob o rito cível e aquele impetrado sob o rito constitucional, tem-se que as distinções são as descritas abaixo:

	Processo civil	Processo constitucional
Fundamento	Art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal	Art. 102, inciso I, alínea “d”, da Constituição Federal
Legitimidade ativa	Geral (qualquer um que sofra ofensa a direito líquido e certo)	Específica (apenas os legitimados do artigo 102, da Constituição Federal)
Cabimento	Sempre que houver afronta a direito líquido e certo	Somente quando houver foro privilegiado ou se tratar de decisão do próprio STF

Assim como o *habeas corpus* e o mandado de segurança, a Constituição também trouxe a figura da reclamação constitucional, o que será abordado adiante, demonstrando a importância deste instituto para a preservação da autoridade do Supremo Tribunal Federal.

4 A DEFESA DA AUTORIDADE DO STF INSTRUMENTALIZADA NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em um Estado de Direito, as decisões do Tribunal Constitucional devem ser efetivas, havendo garantias de que será cumprida à risca. Nesse sentir, a Carta Magna de 1988, em seu artigo 102, inciso I, alínea “I”, trouxe a reclamação como ferramenta de resguardo no que se refere às sentenças e acórdão do Supremo Tribunal Federal, tutelando, assim, o princípio do juiz natural e da efetividade das decisões judiciais.

Contudo, a origem da reclamação remota ao Direito Romano, na impugnação que se denominou *supplicatio*. Esta era cabível diante de decisões irrecuráveis quando a parte quisesse levar ao conhecimento do Imperador o seu descontentamento com possíveis irregularidades processuais exercidas pelos magistrados, evitando-se desordens formais no trâmite do processo em curso (PINHEIRO, 1989, p. 126).

No mais, convém destacar que há divergência quanto à natureza deste instituto. O voto do Ministro Celso de Mello na Reclamação nº 336 retrata bem o dilema ao expor os diversos entendimentos sobre o tema:

A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê – ação (Pontes de Miranda, 'Comentários ao Código de Processo Civil' tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, 'O Poder Judiciário e a Nova Constituição', p.80, 1989, Aide), remédio incomum (Orozimbo Nonato, apud Cordeiro de Mello, 'O processo no Supremo Tribunal Federal', vol.1/280), incidente processual (Moniz de Aragão. 'A Correição Parcial', p.110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (José Frederico Marques, 'Manual de Direito Processual Civil', vol.3, 2ª parte, p.199, item n.653, 9ª Ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Ministro Djaci Falcão, RTJ 112/518-522) – configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "I") e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art.105, I, "f"). (Rcl. 336, Rel. Min. Celso de Mello, julg.19.12.1990, DJU 15.3.1991).

O Plenário do STF se posicionou, quando da apreciação da ADI nº 2.212/CE, de relatoria da Min. Ellen Gracie, no sentido de que a reclamação não é recurso, nem ação, nem incidente processual, mas sim mero direito de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição. De outra sorte, defendendo que a reclamação seja uma ação autônoma, tem-se José da Silva Pacheco (1989, p. 30), o qual expõe que se trata de ação fundada no direito de que a decisão seja proferida por autoridade judicial competente, de que esta decisão tenha plena eficácia e de que sejam eliminados os óbices à competência para decidir e

à concretização das decisões. Afinal, a reclamação traz uma solicitação de tutela jurisdicional para resolver conflito de competência ou para fazer valer as decisões dos Tribunais, inclusive os entendimentos exarados nas súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Como se vê, a reclamação servirá para discutir questões relacionadas a outra demanda, ainda que não adentrando materialmente no objeto desta. Isso porque não se pretende a reversão do julgado ou modificação material deste, mas sim a garantia do respeito à competência e à autoridade das decisões dos Tribunais.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, positivou-se a possibilidade de propositura de reclamação junto qualquer Tribunal (art. 988, § 1º, do CPC) e não apenas perante o STF e o STJ. Ademais, o inciso IV do artigo 988 da Lei nº 13.105/2015 definiu como hipótese de reclamação, além das previstas na Constituição, a garantia da “observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”. Outrossim, o mesmo texto legal estabeleceu ser inadmissível reclamação quando houver trânsito em julgado da decisão reclamada ou quando o objetivo for garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos sem que se tenha esgotado as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, do CPC).

No atinente à legitimidade ativa, poderá ajuizar reclamação a parte interessada ou o Ministério Público (no caso de ação junto à Suprema Corte, o membro competente será o Procurador-Geral da República). No polo passivo, tem-se que qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (art. 990 do CPC).

Quanto à reclamação constitucional, isto é, aquela proposta perante o Pretório Excelso, o relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado ou solicitar a remessa dos autos ao STF (art. 158 do Regimento Interno do STF). Se a demanda for julgada procedente, o Plenário ou a Turma poderá (art. 161 do Regimento Interno do STF):

1 Avocar o conhecimento do processo em que haja usurpação da competência do STF;

2 Ordenar que os autos do recurso lhes sejam remetidos;

3 Cassar decisão exorbitante de seu julgado ou determinar medida que entenda adequada à observância de sua jurisdição.

Para fins de comparação, o artigo 992 do Novo Código de Processo Civil trouxe apenas a situação em que o Tribunal, ao dar procedência ao pedido, poderá cassar a decisão exorbitante ou determinar medida adequada à solução da controvérsia.

Em compilação ao que foi dito, colaciona-se o quadro abaixo, o qual representa um paralelo entre o processo civil e o processo constitucional em sede de reclamação.

	Processo civil	Processo constitucional
Fundamento	Artigos 988 a 993 do CPC	Artigo 102, inciso I, alínea "I", da Constituição Federal, e artigos 156 a 162 do Regimento Interno do STF
Legitimidade ativa	Interessado na causa ou membro do Ministério Público	Interessado na causa ou Procurador-Geral da República
Cabimento	Para preservar a competência do tribunal; para garantir a autoridade das decisões do tribunal; para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.	Para preservar a competência do STF; para garantir a autoridade das decisões do STF; para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade
Resultados do julgamento procedente	Cassar a decisão exorbitante ou determinar medida adequada à solução da controvérsia.	Avocar o conhecimento do processo em que haja usurpação da competência do STF; ordenar que os autos do recurso lhes sejam remetidos; cassar decisão exorbitante de seu julgado ou determinar medida que entenda adequada à observância de sua jurisdição.

Portanto, as ações que afrontarem a autoridade do Pretório Excelso, seja em razão de usurpação de competência, seja em virtude de não observância de suas decisões, estarão suscetíveis à reclamação constitucional. Tal mecanismo

atua como salvaguarda da ordem constitucional e evita a delonga advinda do trâmite ordinário pelo sistema recursal. Logo, o instituto em pauta traz maior celeridade e eficiência na tutela do bem que se visa proteger.

CONCLUSÃO

Diante do considerável número de recursos existentes no Brasil – pelo menos nove, considerando apenas o artigo 994 do CPC -, bem como a diversidade de ações autônomas de impugnação, pode-se inferir que a atual política legislativa brasileira prioriza, ainda que sutilmente, a busca pela justiça em detrimento à segurança jurídica.

Nesse passo, quando a decisão judicial se mostrar alheia à Justiça ou padecer de vício procedimental, será passível de cassação. Da mesma forma, os atos de autoridades públicas que afrontarem direitos individuais garantidos pela Constituição poderão ser impugnados judicialmente, mediante os remédios constitucionais ou outros descritos em lei.

Todavia, há que se ressaltar as diferenças existentes entre o processo civil e o processo constitucional.

Ao se considerar o instituto da ação rescisória, tem-se que, na seara civil, sua base legal está no artigo 966 do Novo Código de Processo Civil; enquanto, no âmbito constitucional, a sua fundamentação pode ser encontrada na alínea “j” do inciso I do artigo 102 da Constituição. Quanto ao objeto, o rito civil foca em decisões civis; a seu turno, o rito constitucional recai sobre decisões exaradas pela Suprema Corte. Em análise do cabimento da rescisória, observa-se que pouco se levará ao STF demandas relacionadas a falsidade de prova ou advento de prova nova. Sobre o processamento, a instrução junto ao Pretório Excelso poderá ser delegada para qualquer órgão que tenha competência territorial no local onde os atos instrutórios devam ser produzidos; de outro lado, a instrução nos demais tribunais poderá ser delegada tão somente ao órgão que proferiu a decisão rescindenda.

No atinente ao *habeas corpus*, a legitimidade ativa no campo penal e civil será geral, para qualquer um que sofrer ofensa ao direito de ir e vir; já no processo constitucional, a legitimidade ativa será específica, apenas os legitimados do artigo 102, da Constituição Federal. Quanto ao cabimento, o Supremo Tribunal Federal irá apreciar o *writ* somente quando houver foro privilegiado, decisão de Tribunal Superior ou crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; nos demais órgãos, o *habeas corpus* poderá ser impetrado sempre que houver afronta à liberdade de locomoção.

Em relação ao mandado de segurança, verificou-se que as principais diferenças entre o rito civil e o rito constitucional são relativas à legitimidade ativa e ao cabimento. Na Suprema Corte, a demanda poderá ser ajuizada tão somente pelos legitimados do artigo 102, da Constituição Federal, enquanto nos outros órgãos judiciais qualquer um que sofrer afronta a direito líquido e certo poderá demandar a tutela judicial. Sobre o cabimento, o Pretório Excelso apreciará a ação quando houver foro privilegiado ou se tratar de decisão do próprio STF.

Em se tratando de reclamação, constatou-se que a base legal para sua propositura no processo civil adveio com o Novo Código de Processo Civil (arts. 988 a 993); por sua vez, a fundamentação, no processo constitucional, foi consolidada na Constituição de 1988 (art. 102, inciso I, alínea “I”). Quanto à legitimidade ativa do Ministério Público, tem-se que, caso haja reclamação constitucional, esta deverá ser conduzida pelo Procurador-Geral da República. No pertinente ao cabimento, as hipóteses de ajuizamento de reclamação na seara civil são:

1 para preservar a competência do tribunal;

2 garantir a autoridade das decisões do tribunal;

3 para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

A sua vez, o Supremo Tribunal apreciará a reclamação:

1 para preservar a competência do STF;

2 para garantir a autoridade das decisões do STF;

3 para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

Tomando-se ainda as possibilidades resultantes do julgamento procedente, o Tribunal Constitucional poderá:

1 avocar o conhecimento do processo em que haja usurpação da sua competência;

2 ordenar que os autos do recurso lhes sejam remetidos;

3 cassar decisão exorbitante de seu julgado ou determinar medida que entenda adequada à observância de sua jurisdição.

Em sendo reclamação proposta junto a outros Tribunais, o julgamento procedente poderá:

1 cassar a decisão exorbitante;

2 determinar medida adequada à solução da controvérsia.

Portanto, a Suprema Corte, em sendo acionada, detém meios de impugnar e afastar decisões jurisdicionais que aparentam ser injustas e contrárias aos princípios constitucionais. Logo, pode-se desconstituir sentenças e acórdãos em prol de perseguir aquilo que mais se aproxima da Justiça.

REFERÊNCIAS

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12. ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 88, p. 01-16. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_s_leitura&artigo_id=2330>. Acesso em: 07 jul. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos*. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE,

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal* / Aury Lopes Jr. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.1. Processo penal – Brasil

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6aed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1993.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus*, 7 ed., Barueri: Manole, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

NÓBREGA, J.F. *Introdução ao Direito*. 8.ed. João Pessoa: Edições Linha d'Água, 2007

PACHECO, José da Silva. A “reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 646, ago., 1989.

PERELMAN, C. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHEIRO, Wesson Alves. Reclamação ou correição parcial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, n. 21, jan./mar., 1989.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 6a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

CONTROLE OBJETIVO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO STF: EVOLUÇÃO SOBRE A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS, A PARTIR DA SUPERVENIÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ana Carolina Tingo de Lima¹

RESUMO

A partir da edição do novo Código de Processo Civil (CPC), a temática acerca dos sujeitos processuais nas ações constitucionais, em sentido estrito, merece ser rediscutida notadamente no âmbito das ações próprias do controle abstrato. Para tanto, ao vislumbrar o impacto dessa novo CPC sobre os institutos da intervenção de terceiros e do litisconsórcio, pode-se passar a admitir, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, a intervenção do *amicus curiae* e do assistente, como colegitimado, e a formação do litisconsorte, atentando para a necessidade de evolução nos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Ações constitucionais. Legitimidade. Intervenção de terceiros. Litisconsórcio.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, sob a forma de artigo, pretende, longe de qualquer anseio em esgotar o assunto, expandir o repertório acerca dos sujeitos processuais das ações constitucionais e promover uma reflexão em torno das pessoas entre as quais se institui, se desenvolve e se completa a relação jurídica nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, a partir das recentes modificações instrumentais produzidas pelo novo Código de Processo Civil (CPC/2015).

A doutrina majoritária entende que a relação jurídica de direito processual é formada por demandante, demandado e pelo Estado-Juiz, sendo

¹ Advogada, graduada em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB), e aluna do Mestrado em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

essa a sua composição mínima. É natural o entendimento de que a relação processual seja tríplice, contudo não podemos olvidar que existem, ainda que excepcionalmente, processos sem autor, a exemplo das demandas iniciadas de ofício pelo juiz; e sem réu, nos casos dos processos de caráter objetivo.

De modo geral, para a prática atos processuais no controle abstrato de constitucionalidade, as partes formais ocupam três posições: i) aquele que propõe a ação; ii) a autoridade ou órgão que editou o ato normativo impugnado, que será intimada para, querendo, defender a validade do ato face ao texto constitucional; iii) o terceiro, cuja manifestação é regulada na legislação, doutrina e jurisprudência.

Diversos temas referentes aos legitimados, à intervenção de terceiros e ao litisconsórcio são passíveis de discussão e geram polêmica entre os operadores do direito. Isso ocorre, porque os ensinamentos doutrinários e os precedentes jurisprudenciais divergem em inúmeros pontos, o que torna inevitável a controvérsia. Assim, o presente debate se justifica com o intuito de agregar maiores conhecimentos sobre a plausibilidade de se passar a admitir, no âmbito do controle concentrado, a participação do assistente, como colegitimado e litisconsorte, atentando para a necessidade de evolução nos ensinamentos doutrinários e até na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Para possibilitar o íntegro estudo do tema, o desenvolvimento dos assuntos é promovido pelo método dedutivo, partindo-se da análise das questões gerais para as específicas, segundo a metodologia de revisão bibliográfica, baseando-se na doutrina clássica, em manuais de Direito, na legislação pertinente e na análise de precedentes jurisprudenciais.

1 PROCESSO OBJETIVO

O controle de constitucionalidade concentrado é realizado por via direta ou por ação, de forma principal, dentro de processo objetivo, sendo competente

o Supremo Tribunal Federal (STF), quando se referir à supremacia da Constituição de 1888 (CF/88), e o Tribunal de Justiça (TJ), quando se tratar da guarda da respectiva constituição estadual.

No controle concentrado, até se admite a arguição concreta, a exemplo do que ocorre com a representação interventiva por ofensa a princípio constitucional sensível, mas a regra geral é no sentido de que, por meio dele, se realiza o controle abstrato. Ou seja, o controle concreto é sempre difuso, enquanto o controle abstrato é, em regra, abstrato.

É pacífico em nossa doutrina e jurisprudência o entendimento de que as ações de controle concentrado levam à instauração de processo objetivo. Para Fredie DIDIER JR. (2008, p. 329-330), no processo objetivo, não há réu, não há lide, não pode haver desistência, não há interesse subjetivo a ser defendido e a finalidade consiste na adequação de lei ou ato normativo à Constituição.

Verificam-se somente partes meramente formais, o que não impede a referência à legitimidade ativa e passiva, contanto que a terminologia seja empregada para a definição da situação jurídica exclusivamente no plano processual.

Nesse tipo de processo, as decisões são irrecorríveis, ressalvados os embargos de declaração frente à decisão final e o agravo contra a decisão do relator pelo liminar indeferimento da petição inicial; sendo a intervenção de terceiros vedada, como regra, residindo, aí neste último ponto, a evolução que se pretende evidenciar no momento oportuno.

Por elucidar esse entendimento, a manifestação do STF, na ADI 2.551-MC-QO, merece ser destacada:

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da CR. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela

jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade.

(BRASIL, 2006).

Constata-se, então, que o caráter objetivo é o guia de todas as demais peculiaridades das ações de controle abstrato para a busca do afastamento de normas inconstitucionais em prol da supremacia da Constituição.

2 LEGITIMIDADE

A Constituição de 1988 ampliou demasiadamente o rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), expandindo, mais tarde, o seu entendimento também à ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). O STF, contudo, promoveu algumas restrições, distinguindo os legitimados em universais e especiais, com a exigência, para estes últimos, de pertinência temática.

2.1 Legitimidade ativa

Os legitimados universais são o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Sobressai, desse ponto, alguma discussão. O Ministério Público deve atuar em todos os processos perante o Supremo (art. 103, § 1º, CF). Há quem entenda, todavia, que, no caso de a ação ter sido proposta, por exemplo, pelo próprio Procurador-Geral da República (PGR), não haveria a necessidade de ele se manifestar na fase de informações. Para Daniel Amorim Assumpção NEVES (2016, p. 184), isso ocorre, porque, ou o PGR irá reforçar os seus argumentos, o que tornaria o ato inútil, ou pedirá a improcedência dos pedidos, o que não parece adequado, diante do princípio da preclusão lógica, consistente em não se promover a prática do ato em contradição com outro anteriormente exercido.

Já os legitimados especiais são a Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, devendo demonstrar na inicial a pertinência temática da norma questionada com a sua respectiva área de atuação e interesse.

Chama-se a atenção especial para estas duas últimas entidades. Fredie DIDIER JÚNIOR. (2008, p. 431) anota, nesse ponto, que, para configurar a sua legitimidade institucional, as confederações sindicais devem estar organizadas em no mínimo três federações e estabelecidas em pelo menos três estados, ao tempo em que as entidades de classe de âmbito nacional devem se referir a somente uma categoria profissional, com interesses comuns, e devem apresentar a existência de associados ou membros em no mínimo nove unidades da federação.

Verifica-se, portanto, que, além de prever as ações diretas, a Constituição de 1988 se preocupou em elencar os órgãos e as entidades dotadas de legitimação ativa, estabelecendo, notadamente no caso da ADI e da ADC, o rol taxativo de legitimados, sem prever a possibilidade de ação popular de inconstitucionalidade, tendo o STF construído a figura dos legitimados universais e especiais.

2.2 Legitimidade passiva

Sob a perspectiva processual prática, existiria o que se pode denominar de legitimidade passiva nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que, tecnicamente, não exista o polo realmente passivo nesse procedimento.

A legitimidade passiva pode ser tratada, assim, como exceção à regra da relação jurídica processual tríplice, já que, nessas ações, não há a figura do réu. E, nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção NEVES (2016, p. 25) lembra que se pratica aí, verdadeiramente, a manifestação do Advogado-Geral da União (AGU) e dos órgãos ou autoridades responsáveis.

Por essa linha, deve-se respeitar as nuances de cada ação. Na ADI, os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou ato normativo deverão prestar informações no processo; e o AGU atuará, por sua vez, como o defensor da constitucionalidade da lei ou ato normativo. Para Dirley da CUNHA JR. (2010, p. 174), o AGU não pode ser tratado como réu, porque o pedido formulado na petição inicial não é voltado contra ele.

Da mesma forma, como assinala Teori Albino Zavascki (2006, p. 264), os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou ato normativo não podem ser tratados como réu, vez que não são eles os sujeitos passivos da pretensão do autor, sendo a sua manifestação requerida apenas em razão de responsabilidade pela criação da norma ou ato impugnado.

Já na ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO), Luís Roberto Barroso (2008, p. 248) ressalta que os órgãos ou autoridades responsáveis pela falta da lei ou ato normativo serão chamados a corrigir a omissão legislativa; e a manifestação do AGU só será exigida no caso de omissão parcial, pois, na omissão total, não há o que ser defendido.

Em relação à ADC, os órgãos e autoridades responsáveis serão chamados a opinar sobre a constitucionalidade. No tocante ao AGU, há quem entenda que a sua manifestação será dispensada, vez que não há norma a ser impugnada. Mas, na linha de Guilherme Pena de Moraes (2008, p. 234), a corrente contrária sustenta que não se deve promover essa dispensa, em virtude da natureza dúplice dessa ação e da possibilidade de, na hipótese de improcedência do pedido, a norma ser declarada inconstitucional, cabendo ao AGU, por essa vertente, realizar a defesa da norma ou ato normativo impugnado.

Em se tratando de ADPF, o art. 5º, § 2º, da Lei n. 9.882/1999 dispõe que “o relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União”.

Nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, portanto, não existem réus, no sentido de sujeito litigante em defesa de direitos subjetivos,

sendo o termo legitimidade passiva atribuído apenas para facilitar a percepção e indicar a posição das pessoas envolvidas.

2.3 Legitimidade *ad causam*

A legitimidade *ad causam* é uma das condições da ação e, em síntese, é entendida como legitimidade para agir ou qualidade para agir.

Importante apontar as divergências do STF na aplicação do art. 493 do novo Código de Processo Civil (CPC/2015), quanto à legitimidade *ad causam* em caso de controle concentrado de constitucionalidade. Para o Supremo Tribunal: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”.

A título de exemplo, isso pode ocorrer com a confederação ou a entidade de classe de âmbito nacional, que depende de comprovação de seu caráter nacional, ou mesmo com organizações que representem associados de uma mesma categoria, mas com interesses diferentes.

Semelhante situação já levou o STF a proferir decisão diversa, quando, após ingressar com a ação constitucional, certo partido político perdeu, no curso do processo, a sua representação no Congresso Nacional.

Esse caso ocorreu, por exemplo, na ADI 1.063. O Ministro-Relator Celso de Mello extinguiu o feito por ilegitimidade ativa superveniente, impedindo que o partido político fosse considerado legitimado à propositura da ADI. Posteriormente, contudo, na ADI 2.159, o Ministro Gilmar Mendes, como relator para o acórdão, entendeu que a verificação da legitimidade *ad causam* do partido político deveria ser feita no momento da propositura da ação.

Por conseguinte, segundo Humberto Theodoro Júnior. (2010, p. 503), ainda que o partido político perca a sua representatividade no Congresso Nacional durante o trâmite procedimental da ação constitucional por ele proposta, a ação seguirá normalmente.

3 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

A intervenção de terceiros é entendida, por Carlos Henrique Bezerra LEITE (2009, p. 421), como o ingresso de pessoa ou ente nos autos para defender os seus próprios interesses ou os de uma das partes primitivas da relação processual, de sorte que, não sendo, originariamente, parte na causa, a pessoa nela ingressa.

O art. 7º e 18 da Lei 9868/1999 veda expressamente a intervenção de terceiros na ADI e na ADC, respectivamente. Parece incontestável o acerto da norma, quando se imagina terceiros subjetivamente interessados no resultado do processo, considerando-se a natureza do processo objetivo das ações de controle concentrado.

Essa vedação se estende à ADPF, conforme anotado pelo Ministro do STF Marco Aurélio, ao analisar a ADPF 46/DF, em que admitiu a possibilidade de extensão da regra sobre a intervenção de terceiros, aduzindo que: “É possível a aplicação, por analogia, ao processo revelador de arguição de descumprimento de preceito fundamental, da Lei nº 9.868/99, no que disciplina a intervenção de terceiros. Observe-se, no entanto, que a participação encerra exceção.”

O STF também tem declarado a impossibilidade de intervenção de terceiros em ações de controle abstrato, sob o fundamento de que o processo não se refere à questão de fato, mas, sim, à questão de direito cujo efeito é *erga omnes*, inexistindo subjetividade, partes e o próprio litígio.

Essa questão, no entanto, é controvertida, existindo discordâncias por parte da doutrina no que concerne à vedação legal para a referida intervenção, sobretudo quando se trata da figura do *amicus curiae* e do assistente, como será demonstrado logo adiante.

É possível afirmar que, no caso de ADI genérica e por omissão, ADC e ADPF abstrata, aplica-se essa vedação como regra, por se tratar de processo de controle abstrato de constitucionalidade, com natureza objetiva.

Em contrapartida, no caso de ADI interventiva e ADPF incidental, a vedação a intervenção de terceiros não se justifica, tendo em vista o caráter subjetivo indiscutível dessas ações, porquanto suscitada como incidente no âmbito de processo concreto.

Por esse raciocínio, uma vez presente o interesse subjetivo na solução da controvérsia constitucional é de se admitir a intervenção de terceiros; ao passo que, presente o interesse objetivo, a vedação à intervenção de terceiros permanece, mas tão somente como regra, podendo comportar exceções, todavia, notadamente no caso do *amicus curiae*, a partir da recente modificação instrumental trazida pelo novo Código de Processo Civil.

3.1 Amicus curiae

Para Fredie DIDIER JR. (2008, p. 456-457), o *amicus curiae* tem contribuído como terceiro no processo, ora por requerimento próprio, ora por provocação do magistrado, com o objetivo de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, sendo a sua manifestação consubstanciada em apoio técnico, sem configurar formalmente, contudo, a intervenção de terceiros.

Ocorre que, ao tratar do *amicus curiae*, o art. 138 do CPC/2015 introduziu importante inovação ao elencá-lo como uma das modalidades de intervenção de terceiros, portanto, sendo esse o pilar central de sustentação do presente trabalho, a despeito de alguns doutrinadores ainda discordarem do referido entendimento, aduzindo que esse personagem não ostentaria, propriamente, a condição de terceiro, senão a de mero colaborador.

Embora o seu significado seja “amigo da corte” é preciso admitir que, dificilmente, as suas manifestações são materialmente imparciais (formalmente seriam imparciais, por não haver partes no controle judicial de natureza objetivo), podendo ser analisadas, assim, sob o ponto de vista da iniciativa na participação.

Quando o terceiro é quem toma a iniciativa de participar e colaborar, percebe-se claramente a existência do seu interesse, visto que o seu ingresso

ocorreu por livre disposição própria, seja pelo seu interesse jurídico (possibilidade de sofrer ou usufruir dos efeitos da decisão proferida no processo do qual não é parte), seja pelo seu interesse meramente institucional, social, acadêmico, intelectual ou até mesmo moral.

A clássica lição de Enrico Tullio Liebman (1965, p. 239) esclarece que “condição para a intervenção é, pois, o interesse do terceiro no resultado do processo”.

Por outro lado, quando o *amicus curiae* é convidado a se manifestar, presume-se a sua maior imparcialidade, pelo simples fato de ele não ter se antecipado. Entretanto, ainda que, em princípio, inexistam o seu formal interesse jurídico na causa, há interesse institucional, o qual se manifesta na possibilidade concreta de contribuir para o desfecho da prestação da tutela jurisdicional na busca da justa decisão. E, nesse ponto, Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 504-515) lembra:

O chamado “interesse institucional” autoriza o ingresso do *amicus curiae* em processo alheio para que a decisão a ser proferida leve em consideração as informações disponíveis sobre os impactos do que será decidido perante aqueles grupos, que estão fora do processo e que, pela intervenção aqui discutida, conseguem dele participar. Neste sentido, não há como negar ao *amicus curiae* uma função de legitimação da própria prestação da tutela jurisdicional uma vez que ele se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz.

Já nas palavras de Dirley da Cunha Junior (apud DIDIER JÚNIOR., 2005, p. 345-346), o *amicus curiae* é de fundamental importância no processo de pluralidade interpretativa da Constituição, aduzindo que:

A intervenção do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate dos principais temas de direito constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Haberle em sua sociedade aberta dos interpretes da constituição.

Sob o crivo da formal admissibilidade, sabe-se que a regra consistia na proibição da intervenção de terceiros na ADI e na ADC, pois assim clamava a redação do art. 7º e 18, caput, da Lei nº 9.868/1999, respectivamente.

Contudo, o § 2º do art. 7º permite a manifestação do *amicus curiae* na demanda, estabelecendo que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Parte da doutrina afirma que todas as matérias versadas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade são relevantes, de maneira que, com a mera existência da demanda judicial, a matéria nela veiculada *ipso facto* passa a ser relevante também.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 934-935) afirma que:

[...] apesar de reconhecer a relevância das matérias tratadas pelas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de atribuir alguma função ao requisito legal, é preferível o entendimento de que a relevância da matéria prevista pelo dispositivo legal significa complexidade fática/jurídica que legitime a atuação do *amicus curiae*. Nos casos em que o relator entender que as meras alegações do autor e dos demais sujeitos processuais já são suficientes ao necessário esclarecimento das questões para um julgamento de qualidade, deverá indeferir a intervenção do *amicus curiae*.

Importante, ainda, é a questão da representatividade adequada. Eis que, para Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 936), o terceiro deve ter conhecimento técnico sobre a matéria e, em caso de pessoa jurídica, credibilidade e tradição na área.

Ademais, cabe ao relator do feito verificar a presença dos requisitos e o binômio conveniência/oportunidade para admitir, ou não, a manifestação do *amicus curiae*, podendo, todavia, o Tribunal, discordando do relator, afastar a referida manifestação.

Importante anotar que o § 2º do art. 18 foi objeto de veto, embora o dispositivo tivesse a redação idêntica do § 2º do art. 7º (que não foi alvo de veto

presidencial), e que, assim, à primeira vista, podia-se entender que a intervenção de terceiros teria sido vedada somente para a ADC, e não para a ADI.

A problemática se revela na medida em que essas ações têm natureza dúplices e ambivalentes, de sorte que a procedência de uma corresponderia à improcedência da outra. E, por essa linha, são elucidativas as razões do aludido veto presidencial:

O veto ao parágrafo 2º constitui consequência do veto ao parágrafo 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no parágrafo 2º, do artigo 7º. (Mensagem nº 1.674/99).

A intenção do veto presidencial não era impossibilitar a intervenção do *amicus curiae* na ADC, mas, sim, a de corrigir a suposta redundância no texto da lei, deixando, ainda, à Suprema Corte a tarefa de, por meio de interpretação sistemática, decidir sobre a participação, ou não, de terceiros no processo de controle de constitucionalidade.

Assim, não obstante a Lei nº 9.882/1999 nada dispor a respeito, é necessário reconhecer, na linha jurisprudencial do STF, que são cabíveis as mesmas regras construídas em torno da ADI e ADC para a ADPF.

Sobre esse posicionamento paulatinamente estabelecido no STF, pela admissão da figura do *amicus curiae*, o julgamento da ADPF 73/DF é bem esclarecedor:

DECISÃO: (PET SR-STF nº 87.857/2005). Junte-se. 2. A conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de *amicus curiae* (parágrafo 2º do artigo 6º da Lei nº 9.882/99); 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no parágrafo 2º do artigo 7º, da Lei nº 9.868/99, admitindo o ingresso da peticionária, na qualidade de *amicus curiae*, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no artigo 131, parágrafo 3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental nº 15, de 30.03.2004. Determino à Secretária que proceda às anotações.

Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2005 (DJ. 08.08.2005, p. 27).

Por todas essas luzes, após o advento da Lei 9868/1999, o STF já se pronunciou a respeito do *amicus curiae* e da sua evidente compatibilidade com o processo objetivo, podendo-se citar, nesse sentido, o Informativo nº 215 do STF:

Amicus Curiae e ADIn (Transcrições) ADIn. 2.130-SC (medida cautelar)* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO. - No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros - desde que investidos de representatividade adequada - possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. - A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. DECISÃO: A Associação dos Magistrados Catarinenses - AMC, invocando a sua "condição de entidade representativa dos Magistrados Catarinenses" (fls. 255), requer, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, seja admitida, formalmente, a manifestar-se na presente causa. Passo a apreciar o pedido ora formulado pela entidade de classe em questão. Como se sabe, o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros não dispõem, em nosso sistema de direito positivo, de

legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato (RDA 155/155 - RDA 157/266 - ADI 575-PI (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). A Lei nº 9.868/99, ao regular o processo de controle abstrato de constitucionalidade, prescreve que "Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade" (art. 7º, caput). A razão de ser dessa vedação legal - adverte o magistério da doutrina (OSWALDO LUIZ PALU, "Controle de Constitucionalidade", p. 216/217, 1999, RT; ZENO VELOSO, "Controle Jurisdicional de Constitucionalidade", p. 88, item n. 96, 1999, Cejup; ALEXANDRE DE MORAES, "Direito Constitucional", p. 571, 6ª ed., 1999, Atlas, v.g.) - repousa na circunstância de o processo de fiscalização normativa abstrata qualificar-se como processo de caráter objetivo (RTJ 113/22 - RTJ 131/1001 - RTJ 136/467 - RTJ 164/506-507). Não obstante todas essas considerações, cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Ao prosseguir com o seu registro jurisprudencial, o referido Informativo nº 215 do STF lançou ainda mais luzes sobre a questão:

A norma legal em questão, ao excepcionalmente admitir a possibilidade de ingresso formal de terceiros no processo de controle normativo abstrato, assim dispõe: "O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades." No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. É certo que, embora inovadora em tema de controle abstrato de constitucionalidade (que faz instaurar processo de natureza marcadamente objetiva), a disciplina legal

pertinente ao ingresso formal do *amicus curiae* já se achava contemplada, desde 1976, no art. 31 da Lei nº 6.385, de 07/12/76, que permite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter meramente subjetivo, nos quais se discutam questões de direito societário, sujeitas, no plano administrativo, à competência dessa entidade autárquica federal. Cabe registrar, por necessário, que a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio. Na verdade, consoante ressalta PAOLO BIANCHI, em estudo sobre o tema ("Un'Amicizia Interessata: L'amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti", in "Giurisprudenza Costituzionale", Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffrè), a admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Presente esse contexto, entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas.

Em apertada síntese, com as ressalvas já expostas e configuradas as devidas hipóteses de cabimento, o STF tem admitido a intervenção do *amicus curiae* no processo de controle normativo abstrato, por entender, na esteira do HC 80.463, que essa admissão se qualifica como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, com o quilate de Tribunal Constitucional, pois assegura a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições efetivamente representativas dos interesses gerais da coletividade ou expressivas dos valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

O *amicus curiae* pode se manifestar, portanto, no correspondente processo, mesmo sob a égide da Lei 9868/1999, ficando evidenciada a sua plena compatibilidade com o controle objetivo e abstrato de normas.

3.2 Assistência

A assistência consiste no ato jurídico de auxiliar uma das partes no processo, pelo ingresso voluntário no processo, e recebendo-o no estado em que se encontra, quando o assistente tem o interesse jurídico direto de que o seu assistido saia vencedor do litígio, nos termos do art. 119 do CPC/2015.

Pelo novo CPC/2015, a assistência foi formalmente realocada como modalidade de intervenção de terceiros, mantendo-se a distinção entre assistência simples e litisconsorcial, com a inovação de se diferenciar as disposições comuns (arts. 119 e 120) das disposições específicas (arts. 121 a 124).

A assistência simples é aquela em que o terceiro entra na ação judicial, a fim de assistir a parte que lhe interessa, para que ela ganhe a causa, mas sem relação jurídica entre ele e o adversário do seu assistido; ao passo que a assistência litisconsorcial é aquela em que o assistente intervém no processo, produzindo a relação jurídica entre ele e o adversário do seu assistido.

Como adiantado anteriormente, pela ausência de subjetividade nas ações de controle abstrato, resta confirmado o entendimento de que, como regra, é vedada a intervenção assistencial de terceiros nesse tipo de processo, pois assim dispõe a lei.

Dessa forma, é o pronunciamento, na ADI 2.130- MC/SC, do Ministro do STF Celso de Mello:

[...] o pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros não dispõe, em nosso sistema de direito positivo, de legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato. Isso porque, o processo de fiscalização normativa abstrata qualifica-se como processo de caráter objetivo.

De toda sorte, parte da doutrina sustenta que a assistência seria cabível nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, sob o argumento de que, se o colegitimado pode propor a ação direta, ele também pode intervir na ação já proposta para figurar como assistente litisconsorcial.

Fredie DIDIER JR. (2008, p.459) afirma, nesse sentido, que: “a circunstância da colegitimação deve ser levada em consideração para que se verifique a admissibilidade da intervenção, pois quem pode o mais (ingressar com a demanda), deveria poder o menos (intervir como assistente)”.

Como a constitucionalidade, ou não, da lei ou ato normativo não diz respeito especificamente à pessoa do legitimado e, assim, não guarda vínculo direto com os seus interesses particulares, o assistente poderia, sim, discuti-la, vez que possui interesse jurídico em colaborar com o convencimento do Supremo e em ver o processo resolvido a favor daquilo que pleiteia como o melhor para a coletividade, não buscando obter solução favorável unicamente para si.

Por esse ângulo, não se vislumbra razoabilidade em obstar a manifestação do assistente apenas sob a justificativa de que a intervenção de terceiros é formalmente vedada, não só porque, assim, estaria a forma prevalecendo sob a matéria jurídica, mas também porque o CPC/2015 passou a formalmente tratar o *amicus curiae* como modalidade de intervenção de terceiros no processo.

Por outro lado, a doutrina contrária à referida intervenção do assistente ressalta o caráter objetivo das ações de controle abstrato de constitucionalidade, indicando que inexistiria o seu interesse subjetivo.

Sobre esse caráter objetivo, José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 1.032-1.033) ensina que:

É tradicional a distinção entre processo constitucional objetivo e processo constitucional subjetivo, consoante o tipo de pretensões deduzidas em juízo: (1) interesses juridicamente protegidos do cidadão (sobretudo direitos fundamentais), caso em que se fala de processo subjetivo (ex.: controle concreto da inconstitucionalidade); (2) proteção da ordem jurídico-constitucional, objetivamente considerada, caso em que se alude a processo objetivo (ex.: controle principal, abstrato, da constitucionalidade de atos normativos). Refira-se, porém, que esta distinção é meramente tendencial, pois, por um lado, no processo subjetivo, cuja finalidade principal é defender direitos, não está ausente o propósito de uma defesa objetiva do direito

constitucional e, por outro lado, no processo objetivo, dirigido fundamentalmente à defesa da ordem constitucional, não está ausente a ideia de proteção de direitos e interesses juridicamente protegidos.

Em outras palavras, mesmo no processo subjetivo há certo grau de interesse objetivo indireto, porquanto também se protege o ordenamento jurídico, ao se postular o direito individual, ao tempo em que no processo objetivo sobressai algum interesse subjetivo indireto, já que subsistem interesses individuais regulados pela norma.

Importante destacar, ainda, que o § 1º do art. 7º tentou dizer que “os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais”. Contudo, a despeito de esse parágrafo parecer abrir espaço para a possibilidade da intervenção do assistente e até mesmo do provável litisconsórcio, o referido dispositivo foi espancado pelo veto presidencial, diante das seguintes razões:

A aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual. A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no §2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Esses motivos, a bem da verdade, não se sustentam plenamente, visto que a celeridade processual não restaria necessariamente prejudicada, pois o terceiro ingressaria no feito para auxiliar o autor, apresentando razões, memoriais, entre outros documentos, para aperfeiçoar a persuasão racional e facilitar o convencimento do juiz, devendo certamente respeitar os prazos fixados pelo relator.

Os próprios motivos do veto indicam que o relator tem certa discricionariedade para estabelecer o grau de abertura processual. E, assim, a partir da nova moldura processual traçada pelo CPC/2015, o

assistente e o *amicus curiae* podem passar a ser admitidos no processo de ADI, ADC e ADPF, em função das circunstâncias de cada caso.

Fica evidenciada, portanto, a plausibilidade da intervenção de terceiros, em assistência ou *amicus curiae*, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, pois, ainda que se trate de processo objetivo, a correspondente manifestação se daria em prol de toda a coletividade, não se tratando de redundância, vez que a figura do *amicus curiae* nada tem a ver com a do assistente, nem, tampouco, com a do litisconsorte.

4 LITISCONSÓRCIO

A doutrina define o litisconsórcio como pluralidade de sujeitos reunidos para litigar, conjuntamente, em um ou nos dois polos da relação jurídica processual.

Ao discorrer sobre o litisconsórcio, Cândido Rangel DINAMARCO (2016, p. 241) afirma ser “a situação caracterizada pela coexistência de duas ou mais pessoas do lado ativo ou do lado passivo da relação processual, ou de ambas as posições”.

Já Moacyr Amaral SANTOS (1997, p. 2) define o litisconsórcio como “o laço que prende no processo dois ou mais litigantes, na posição de autores ou de réus”.

A admissão dessa pluralidade de pessoas, como autor ou réu, encontra o seu fundamento no vínculo existente entre as situações das diversas pessoas, a exigir a simultaneidade do processo, para evitar a contradição entre as decisões judiciais e assegurar a economia processual, com menos dispêndio de recursos e tempo.

A doutrina e a própria lei diferenciam os tipos de litisconsórcio sob o prisma técnico-jurídico, com a definição e a distinção dos itens e dos requisitos, classificando o litisconsórcio em função das partes, tempo, obrigatoriedade e efeitos.

Quanto à pluralidade de partes, o litisconsórcio pode ser ativo, quando houver a reunião de mais de um autor; passivo, quando ocorrer a reunião de mais de um réu; ou misto, quando houver a reunião de mais de um autor e mais de um réu.

Quanto ao tempo de formação, ele pode ser inicial, quando formado concomitantemente à formação do processo, ou ulterior (superveniente), quando o processo já estiver pendente.

Quanto à obrigatoriedade de formação, o litisconsórcio pode ser facultativo, quando a pluralidade for mera opção das partes, ou necessário, quando obrigatória a pluralidade de partes.

Quanto aos efeitos das decisões, ele pode ser simples, quando o juiz puder decidir de forma diversa entre os litisconsortes, ou unitário, quando a decisão de mérito tiver de ser a mesma para todos os litisconsortes.

As mudanças trazidas, nessa área, pelo CPC/2015 podem ser melhor visualizadas pelo seguinte cotejo das disposições legais, anteriores e atuais, em relação aos pressupostos básicos para a existência de litisconsórcio:

Tabela 1 - Litisconsórcio no CPC/1973 e CPC/2015

Artigo 46 – CPC/1973	Artigo 113 – CPC/2015
<p>"Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:</p> <p>I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;</p> <p>II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;</p> <p>III - entre as causas houver</p>	<p>"Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:</p> <p>I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;</p> <p>II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;</p>

<p>conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;</p> <p>IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.”</p>	<p>III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.”</p>
---	--

Como se vê, o novo CPC/2015 reparou a relação de privação entre as possibilidades tratadas nos incisos II e III, do art. 46 do CPC/1973, pela simples supressão do texto do inciso II. A alteração seguiu o entendimento doutrinário já consolidado, no sentido de que o inciso II seria desnecessário, uma vez que a referida identidade do fundamento, de fato ou de direito, já produziria a conexidade pela causa de pedir, estando essa hipótese já contemplada no inciso III.

Ao discorrer sobre a ADC, Daniel Amorim Assumpção NEVES (2016, p. 84) ressalta que: “os demais legitimados poderão ingressar no processo como litisconsortes ativos ulteriores, exatamente como ocorre na ação direta de constitucionalidade [...]”.

A título de exemplo, é possível identificar o litisconsórcio ativo, pela promoção da mesma ação, em conjunto, por dois legitimados. Ele poderia, então, ser originário, com ambos os legitimados sendo reconhecidos na petição inicial, ou ulterior, com a entrada de um dos legitimados em ação já proposta pelo outro. E, aqui, entende-se perfeitamente cabível a máxima do “quem pode o mais, pode o menos”, pois aquele que pode, sozinho, dar início à demanda, deve poder atuar conjuntamente como litisconsorte, em virtude de possuir legitimação para tanto.

Por conseguinte, assim como ficou resguardado em relação à possibilidade da assistência, o § 1º do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 também poderia estar a tratar do litisconsórcio, quando determina que “os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto

da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais”.

Todavia, como visto, esse parágrafo foi vetado pelo Presidente da República, diante das supostas ideias de que o litisconsórcio configuraria óbice ao processo, indo de encontro à celeridade processual, e de que o disciplinamento do litisconsórcio seria desnecessário, por já haver previsão do *amicus curiae*.

Ocorre, contudo, que o *amicus curiae* não se confunde necessariamente com o litisconsórcio, já que aquele corresponde à participação de terceiros no processo, sendo atualmente tratado como intervenção de terceiros pelo CPC/2015, enquanto este se relaciona com a comunhão de direitos e obrigações numa mesma ação processual. E, assim, o litisconsórcio não resulta em prejuízo à celeridade processual, tratando-se, na verdade, de medida tendente a resultar em economia processual, já que, pelo aludido instituto, evita-se o trâmite separado de dois processos idênticos.

No tocante ao litisconsórcio passivo no controle de constitucionalidade, Gustavo Quintanilha Telles de Menezes (2016) anota que o seu cabimento é visualizado no caso de ato impugnado que tenha sido formado pela atuação de mais de um órgão estatal, a exemplo da aprovação da norma pelo Legislativo com a posterior sanção pelo Executivo.

Na mesma linha, no bojo da ADI-MC 310/DF, ficou registrado pelo STF que o litisconsórcio passivo pode se formar no caso de a edição da norma ter a participação direta de mais de um ente, como no caso de convênios interestaduais do ICMS pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz.

Cabe, ainda, o litisconsórcio passivo, quando a constitucionalidade de duas normas intrinsecamente relacionadas e editadas por órgãos diferentes é arguida na mesma ação.

Em regra, a constitucionalidade de vários atos normativos editados por órgãos distintos não pode ser atacada na mesma ação. Nesse sentido, são o AgR 481/DF e a ADI-QO 28/SP:

EMENTA: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Litisconsórcio passivo. Terceiro interessado. Inadmissibilidade. No processo de controle concentrado de constitucionalidade só tem legitimidade passiva AD CAUSAM a autoridade ou órgão do qual emanou o ato questionado; admitindo-se o litisconsórcio passivo necessário dos entes ou autoridades que concorreram para a edição da norma impugnada. AgRg improvido. (Pet-AgR 481 / DF - DISTRITO FEDERAL. AG.REG.NA PETIÇÃO. Relator(a): Min. CÉLIO BORJA. Julgamento: 19/09/1991 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO).

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade simultaneamente assestada contra vinte e uma leis, de diferentes Estados, que instituíram o adicional do imposto sobre a renda, previsto no art. 155, II, da Constituição da República. Tendo em vista que, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, não está o Supremo Tribunal vinculado ao fundamento jurídico apresentado pelo Requerente (no caso, a falta da Lei Complementar prevista no art. 146, III, "a" da CF), não basta este fator de identidade para justificar a pretendida cumulação. Desmembramento das ações determinado, a requerimento do Procurador-Geral da República." (BRASIL, 1991)

A jurisprudência do STF tem admitido, todavia, duas exceções. A primeira com relação a imbricação substancial entre a norma federal e a estadual. A segunda no que diz respeito ao resultado de uma norma constitucional que possa invalidar a outra. Cite-se, nesse sentido, a ADI-QO 2844/PR:

EMENTA: ADIn - ação direta de inconstitucionalidade: cumulação objetiva de arguições de inconstitucionalidade de atos normativos de entidades estatais diversas: hipóteses excepcionais de admissibilidade: aditamento recebido I. Em princípio, não é de admitir, no mesmo processo de ação direta, a cumulação de arguições de inconstitucionalidade de atos normativos emanados de diferentes entes da Federação, ainda quando lhes seja comum o fundamento jurídico invocado. II. Há, no entanto, duas hipóteses pelo menos em que a cumulação objetiva considerada, mais que facultada, é necessária: a) a primeira é aquela em que, dada a imbricação substancial entre a norma federal e a estadual, a cumulação é indispensável para viabilizar a eficácia do provimento judicial visado: assim, por exemplo, quando, na área da competência concorrente da União e dos Estados, a lei federal de normas gerais e a lei local contiverem preceitos normativos idênticos ou similares cuja eventual inconstitucionalidade haja de ser simultaneamente declarada, sob pena de fazer-se inócua a decisão que só a

um deles alcançasse; b) a segunda é aquela em que da relação material entre os dois diplomas resulta que a inconstitucionalidade de um possa tornar-se questão prejudicial da invalidez do outro, como sucede na espécie. (BRASIL, 2003.).

Deve-se admitir, pois, o litisconsórcio passivo e até ativo nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, até porque, sem desmerecer o caráter objetivo desse tipo de processo, o litisconsorte tem muito mais a contribuir do que a prejudicar o seguimento do feito, podendo contribuir para que o Supremo Tribunal Federal prolate soluções mais ágeis e justas, com celeridade e economia processual, respeitando a duração razoável do processo prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal segundo a regulamentação dada pelo art. 4º do atual CPC/2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No controle de constitucionalidade concentrado no STF, os legitimados não titularizam direitos materiais próprios, nem atuam como terceiro titular de direitos de outros, eles apenas protagonizam a disputa processual pela definição da compatibilidade da norma impugnada com a Constituição de 1988.

No âmbito das ações de controle abstrato de constitucionalidade, a exemplo da ADI e da ADC, o regramento da legitimidade passiva e da intervenção de terceiros ficou entregue à regulamentação infraconstitucional, além da delimitação jurisprudencial e da definição doutrinária.

A intervenção de terceiros vinha sendo legal e expressamente vedada nos processos de caráter objetivo, ao tempo em que, a critério do relator ou do tribunal, a lei admitia a manifestação do *amicus curiae*.

A recente vigência do CPC/2015 lançou, todavia, novas luzes sobre essa questão. Ao expressamente colocar o *amicus curiae* entre as modalidades de intervenção de terceiros, o CPC/2015 passou a, indiretamente, prever essa forma de intervenção de terceiros, pelo amigo da corte, nos processos de caráter objetivo. E, a partir daí, deve-se mesmo da conveniência de se passar a também admitir a assistência nos aludidos processos.

As premissas para a admissibilidade do colegitimado, como assistente, nas ações de controle abstrato mostram-se suficientes para comprovar a plausibilidade de também se admitir a assistência nos processos de caráter objetivo. Eis que a sua intervenção se inclina mais a cooperar com o andamento do processo do que a obstruí-lo, já que, ao auxiliar o legitimado na produção de provas e argumentos, ele também tende a contribuir para a melhora na qualidade da prestação da tutela constitucional.

A admissão de litisconsórcio mostra-se, então, plenamente válida e eficaz, até porque tende a evitar a proliferação de demandas conexas em processos distintos, mostrando-se consentânea com os princípios da economia processual, da celeridade e da duração razoável do processo, além de oportunizar a otimização e a racionalização dos procedimentos, assegurando maior efetividade às decisões.

A despeito, portanto, de a Lei n.º 9.868/1999 parecer formalmente vedar a intervenção de terceiros nos processos de controle objetivo e abstrato de constitucionalidade, a intervenção do *amicus curiae* e até do assistente, com a possível admissão de litisconsórcio, mostra-se bem plausível e razoável, clamando pela evolução jurisprudencial do STF, sobretudo após a superveniência do novo Código de Processo Civil de 2015.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Acesso em: 19 mar. 2016.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002. Acesso em: 17 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em: 9 mar. 2016.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 9 mar. 2016.

_____. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 9 mar. 2016.

_____. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm> Acesso em: 9 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 2.551 MC/QO*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=1079&tipo=CJ&termo=37>> Acesso em: 9 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.1.063 DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo235.htm>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 2.159 AgR DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo356.htm>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 46/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 22 abr. 2016. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14790073/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-46-df-stf>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed., 2009. Acesso em: 20 abr. 2016. v. 3

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. edição revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993. p. 1032-1033.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. Acesso em: 12 maio 2016.

DIDIER Jr., Fredie. *Ações Constitucionais*. 3. ed., Editora Jus Podivm, 2008. Acesso em: 20 mar. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Acesso em: 3 maio 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo, LTR, 2009. Acesso em: 2 maio 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio em nota a Giuseppe Chiovenda: Instituições de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. II, 1965. Acesso em: 10 maio 2016.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. As Partes na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Direta de Constitucionalidade. Série Aperfeiçoamento de Magistrados. Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_78.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. Acesso em: 2 maio 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. Acesso em: 12 maio 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 18 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. Acesso em: 8 maio 2016.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 504-515. Acesso em: 28 abr. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, n. 320, p. 356; Nery Jr.-Nery, Código, p. 503; Yarshell, Ação, n.41. Acesso em: 6 abr. 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006. n. 11.4, p. 264; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN e da ADC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) *Ações constitucionais*. Salvador: Judpodivm, 2008. Acesso em: 10 mar. 2016.